



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

## **TESIS DOCTORAL**

# **EI DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: Competencia Judicial Internacional y Derecho Aplicable a las acciones civiles derivadas de ilícitos Antitrust**

**Autora:**

**Julia Suderow**

**Directores:**

**Prof. Dr. Alfonso Luis Calvo Caravaca**

**Prof. Dr. Esperanza Castellanos Ruiz**

**DEPARTAMENTO**

**Derecho Social y Derecho Internacional Privado**

Getafe, 7 Enero 2015

## ***AGRADECIMIENTOS***

Quiero manifestar mi profundo agradecimiento a los Profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Esperanza Castellanos Ruiz por su infinita paciencia, orientación y apoyo incondicional.

Igualmente quiero agradecer a mi familia y amigos su tiempo, ánimos y soporte durante todos estos años.

## **Índice:**

|   |    |
|---|----|
| I. INTRODUCCIÓN .....   | 1  |
| 1. Acciones derivadas de ilícitos Antitrust en un contexto global .....             | 1  |
| 2. Descripción del trabajo .....  | 6  |
| 3. Contexto normativo .....   | 8  |
| 4. Metodología.....   | 10 |
| 5. El Derecho de la Competencia, ¿Aplicación Pública o Privada? .....               | 11 |
| A) ¿Qué es el public enforcement?.....  | 11 |
| B) Principios de la aplicación privada del Derecho de la Competencia.....           | 14 |
| 6. La “extraterritorialidad” y la doctrina de los efectos.....                      | 16 |
| A) Doctrina de los efectos en los Estados Unidos de América .....                   | 18 |
| a) Antecedentes: Kruman y Statoil.....  | 21 |
| b) Vitaminas .....  | 23 |
| B) Doctrina de los Efectos en el Derecho de la Competencia Europeo .....            | 26 |
| C) La Doctrina de los efectos y la aplicación privada .....                         | 28 |
| 7. Doctrina de la Unidad de grupo de sociedades o undertaking .....                 | 29 |
| 8. Acciones de reparación de daños derivadas de conductas anticoncurrenciales ..... | 30 |
| A) Tipología de las acciones civiles derivadas de ilícitos Antitrust.....           | 30 |
| B) Historia del proceso legislativo europeo .....                                   | 36 |
| a) El largo camino legislativo.....   | 38 |
| b) La Directiva: ¿El Gran Salto Adelante?.....                                      | 41 |
| C) Acciones Colectivas .....  | 44 |
| 9. Relevancia del Derecho Internacional Privado .....                               | 45 |
| A) Cuestiones Generales: .....  | 47 |
| B) Diferencias procesales .....   | 48 |
| C) Diferencias materiales .....   | 51 |
| D) Diferencia en el cálculo de los daños .....                                      | 54 |
| E) ¿Forum Shopping como consecuencia de la diversidad? .....                        | 56 |
| II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: ¿A quién acudir? .....                      | 58 |
| 1. Cuestiones previas .....   | 58 |
| 2. Foro general: El domicilio del demandado.....                                    | 59 |
| A) Domicilio personas físicas.....  | 60 |
| B) Domicilio personas jurídicas .....   | 61 |
| 3. El foro acordado entre las partes .....  | 63 |
| A) Nulidad del pacto.....   | 64 |

|  |     |
|--|-----|
| B) Conexión a una determinada relación jurídica .....                                    | 65  |
| C) Sumisión a favor de un arbitraje o de tribunales de terceros Estados .....            | 70  |
| 4. Sumisión tácita .....   | 71  |
| 5. Obligaciones contractuales .....  | 72  |
| A) Demandas relacionadas con contratos.....  | 72  |
| a) Acción de nulidad de un contrato.....   | 74  |
| b) Acción de indemnizatoria o de resarcimiento.....                                      | 76  |
| B) Acciones en base a contratos de compraventa de mercaderías .....                      | 80  |
| C) Acciones en base a contratos de licencia o distribución.....                          | 81  |
| D) Acciones en base a contratos de distribución.....                                     | 82  |
| E) Acciones en base a otros contratos .....  | 84  |
| a) Acuerdos de limitación de la producción.....  | 84  |
| b) Acciones basadas en acuerdos de comercialización .....                                | 87  |
| 6. Foro de la filial, sucursal o agencia .....   | 88  |
| 7. Víctimas indirectas: demandas relacionadas con un contrato.....                       | 91  |
| 8. Cesión de derechos .....  | 92  |
| 9. Acciones individuales basadas en contratos con consumidores.....                      | 92  |
| 10. Competencia judicial internacional: obligaciones extracontractuales.....             | 96  |
| A) Definición de la obligación extracontractual.....                                     | 97  |
| B) La determinación del lugar del hecho dañoso .....                                     | 99  |
| a) La ubicuidad: <i>Mines de Potasse; Torline, Kronhofer, Zuid Chemie</i> .....          | 99  |
| b) Daños plurilocalizados y tesis del mosaico, <i>Shevill y Kronhofer</i> .....          | 101 |
| c) Daños plurilocalizados e Internet: <i>Edate, Wintersteiger, Pinckney</i> .....        | 104 |
| d) El lugar del hecho dañoso en los ilícitos Antitrust.....                              | 108 |
| C) El lugar en el que el daño ha ocurrido o puede ocurrir.....                           | 117 |
| a) Daños en un solo Estado .....   | 117 |
| b) Daños plurilocalizados .....  | 123 |
| D) Atribución de las actuaciones de otros implicados o demandados .....                  | 125 |
| E) Las acciones de víctimas indirectas, <i>passing on</i> y efecto paraguas.....         | 127 |
| F) Torpedos y Acciones declarativas negativas .....                                      | 129 |
| 11. Alcance territorial de la competencia judicial internacional de los tribunales ..... | 130 |
| 12. Ámbito extracomunitario.....   | 131 |
| A) Lugano.....   | 131 |
| B) Dinamarca.....  | 132 |
| C) Terceros Estados.....   | 132 |
| 13. Conclusiones.....  | 133 |

|  |     |
|--|-----|
| III. EL FORO DE LA CONEXIDAD .....   | 135 |
| 1. Planteamiento .....   | 135 |
| 2. Origen e integración dentro del Derecho Internacional Comunitario .....         | 138 |
| 3. Domicilio de uno de los demandados: ¿Quién es el demandado ancla? .....         | 139 |
| A) Grado de vinculación.....   | 140 |
| B) La jurisprudencia europea .....   | 140 |
| C) La Jurisprudencia nacional .....  | 146 |
| a) Inglaterra y Gales .....  | 146 |
| b) Holanda y Finlandia .....   | 154 |
| c) Austria .....   | 156 |
| 4. Ventajas e inconvenientes del litisconsorcio pasivo .....                       | 157 |
| IV. LITISPENDENCIA Y PROCEDIMIENTOS PARALELOS.....                                 | 160 |
| 1. Introducción.....   | 160 |
| 2. <i>Prior tempore, potior jure</i> : Litispendencia ideal .....                  | 161 |
| 3. Identidad de partes.....  | 162 |
| 4. Objeto y causa idénticos .....  | 164 |
| 5. Litispendencia Intra - UE después del R. 1215/2012 .....                        | 166 |
| 6. Torpedos y posibles abusos .....  | 169 |
| 7. Consecuencias para las acciones contra ilícitos Antitrust .....                 | 170 |
| 8. Procedimientos paralelos y conexidad .....                                      | 172 |
| A) Demandas inconciliables.....  | 172 |
| B) Consecuencias .....   | 174 |
| C) Conexidad con terceros Estados .....  | 174 |
| D) Conexidad y la Directiva 2014/104.....  | 175 |
| 9. Conclusiones.....   | 176 |
| V. DERECHO APLICABLE .....   | 179 |
| 1. Planteamiento .....   | 179 |
| A) Diferencias entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales ..... | 180 |
| B) Relevancia del derecho nacional .....   | 182 |
| 2. Derecho aplicable a las obligaciones contractuales.....                         | 183 |
| A) Derecho aplicable a demandas de nulidad de contratos .....                      | 183 |
| B) Ámbito de aplicación del R. Roma I .....  | 184 |
| C) Alcance de libertad de elección y sus límites .....                             | 184 |
| D) Contratos con consumidores .....  | 186 |
| E) La Ley Aplicable en ausencia de elección.....                                   | 187 |

|   |     |
|---|-----|
| a) Prestación característica .....  | 187 |
| b) Residencia habitual .....  | 188 |
| c) Vínculos manifiestamente más estrechos .....                             | 189 |
| F) Leyes de Policía y su aplicación a los casos Antitrust .....             | 190 |
| a) Arts. 101 y 102 TFUE como leyes de policía .....                         | 191 |
| b) Aplicación del art. 9 Roma I a casos de Derecho de la Competencia .....  | 192 |
| G) Conclusiones .....   | 194 |
| 3. La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales .....             | 196 |
| A) Introducción .....   | 197 |
| a) Origen de la norma .....   | 199 |
| b) Interpretación .....   | 204 |
| B) Ámbito de aplicación material .....                                      | 205 |
| a) Asuntos mercantiles y civiles .....                                      | 205 |
| b) Obligaciones extracontractuales .....                                    | 206 |
| C) Naturaleza de las normas designadas por el art. 6.3 R. Roma II .....     | 207 |
| a) Arts. 101 y 102 TFUE .....   | 210 |
| b) Catálogo del considerando 23.1 .....                                     | 211 |
| c) Conexión al Derecho nacional y/o comunitario .....                       | 211 |
| d) Exclusión del Derecho de la Competencia público .....                    | 213 |
| e) Consecuencias para el Derecho Nacional .....                             | 214 |
| f) Prohibición como condición previa .....                                  | 214 |
| D) Ámbito de aplicación temporal .....                                      | 214 |
| E) Ámbito de aplicación subjetivo .....                                     | 216 |
| F) Ámbito de aplicación geográfico, el carácter universal de la norma ..... | 216 |
| G) La relación entre el art. 6.1 y 3 del R. Roma II .....                   | 220 |
| H) Inclusión de infracciones futuras .....                                  | 222 |
| a) Grado de probabilidad .....  | 223 |
| b) Base del pronóstico .....  | 224 |
| c) Riesgo de repetición de una infracción .....                             | 224 |
| d) Amenaza de primera infracción .....                                      | 224 |
| I) Estructura y funcionamiento, operación de la norma de conflicto .....    | 225 |
| J) Determinación de la ley aplicable .....                                  | 225 |
| a) Norma general: la Ley del mercado afectado .....                         | 225 |
| b) Definición del mercado afectado y Derecho Antitrust .....                | 228 |
| c) ¿Efecto directo y sustancial? .....                                      | 230 |
| d) Efecto directo .....   | 231 |

|   |     |
|---|-----|
| e) Efecto sustancial.....   | 232 |
| f) El mercado que pudiera ser afectado .....                        | 233 |
| K) Límites a la doctrina de los efectos .....                       | 234 |
| L) Varios mercados afectados: la doctrina “Mosaico” .....           | 236 |
| a) Aplicación práctica de la doctrina del Mosaico .....             | 237 |
| b) Riesgo de conexión multilateral.....                             | 238 |
| c) La opción cuando haya varios mercados afectados .....            | 239 |
| d) Ventajas de la opción de concentración .....                     | 243 |
| e) Continuidad .....  | 244 |
| M) Carácter opcional del art. 6.3.b del R. Roma II .....            | 245 |
| O) Interacción con el R. 1215/2012 .....                            | 246 |
| 4. Consideraciones tácticas y alcance del derecho aplicable.....    | 248 |
| 5. Art. 6.4 y la elección de derecho .....                          | 255 |
| 6. Conclusiones en relación al Derecho aplicable .....              | 256 |
| VI. LAS ACCIONES COLECTIVAS .....                                   | 258 |
| 1. Cuestiones preliminares .....                                    | 258 |
| 2. Competencia judicial internacional .....                         | 264 |
| A) Ámbito de aplicación del R. 1215/2012.....                       | 264 |
| B) El foro general del domicilio del demandado.....                 | 265 |
| C) Foros especiales.....  | 266 |
| D) El lugar del hecho dañoso .....                                  | 266 |
| E) Acciones colectivas de consumidores.....                         | 268 |
| 3. Conexidad y acciones colectivas .....                            | 269 |
| A) Aplicación general.....  | 269 |
| B) Conexidad y el foro especial del contrato con consumidores ..... | 270 |
| 4. Acciones colectivas y litispendencia .....                       | 272 |
| 5. Propuestas en relación a la Recomendación.....                   | 274 |
| 6. Derecho aplicable a las acciones colectivas .....                | 275 |
| A) Distribución de la indemnización.....                            | 277 |
| B) Reformas sobre el Derecho aplicable .....                        | 279 |
| 7. Conclusiones en relación a las acciones colectivas .....         | 280 |
| VII. CONCLUSIONES .....   | 282 |
| JURISPRUDENCIA CITADA .....   | 291 |
| Bibliografía.....   | 300 |

## **Abreviaturas:**

|        |   |
|--------|---|
| AEDriP | Anuario Español de Derecho Internacional Privado                            |
| AP     | Audiencia Provincial  |
| BB     | Betriebsberater   |
| BGH    | Bundesgerichtshof   |
| BJIL   | Berkeley Journal of International Law                                       |
| BkartA | Bundeskartellamt (Autoridad Federal de Defensa de la Competencia, Alemania) |
| BLC    | Boletín Latinoamericano de Competencia                                      |
| CAT    | Competition Appeal Tribunal, Reino Unido                                    |
| CDT    | Cuadernos de Derecho Transnacional  |
| CMLR   | Common Market Law Review  |
| CNC    | Comisión Nacional de la Competencia   |
| CNMC   | Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia                          |
| DOCE   | Diario Oficial de la Comunidad Europea                                      |
| DOUE   | Diario Oficial de la Unión Europea  |
| EBOR   | European Business Organization Law Review                                   |
| ECLR   | European Competition Law Review   |
| EIPR   | European intellectual Property Review                                       |
| ELR    | European Law Review   |
| EULF   | European Legal Forum  |
| EuR    | Europa Recht  |
| EUZW   | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                |
| FLR    | Fordham Law Review  |
| HLR    | Harvard Law Review  |
| ICLQ   | International and Comparative Law Quarterly                                 |
| InDret | InDret Revista para el análisis del Derecho                                 |
| IPRAX  | Praxis des internationalen und privaten Verfahrensrecht                     |
| GCLR   | Global Competition Litigation Review  |



|         |   |
|---------|---|
| GJN     | Gaceta Jurídica de los Negocios   |
| GJUE    | Gaceta Jurídica Unión Europea   |
| GRUR    | Gewerblicher und Urheberrechtsschutz  |
| GWB     | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley de Defensa de la Competencia alemana) |
| JBL     | Journal of Business Law   |
| JEL     | Journal of European Law   |
| JPRIL   | Journal of Private International Law  |
| JuS     | Juristische Schulung  |
| JZ      | Juristische Zeitschrift   |
| KartG   | Kartellgesetz (Ley de defensa de la Competencia Austriaca)                        |
| KSZW    | Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht   |
| LEC     | Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil                                  |
| LG      | Landgericht   |
| MJECL   | Maastricht Journal of European and Comparative Law                                |
| NJW     | Neue Juristische Woche  |
| NJW RR  | Neue Juristische Woche Rechtsprechungsreport                                      |
| NWLR    | North Western University Law Review   |
| OHG     | Oberstes Gerichtshof, Tribunal Supremo Austria                                    |
| OLG     | Oberlandesgericht, Alemania: Tribunal Provincial superior                         |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift  |
| RDCD    | Revista de Derecho de la Competencia y Distribución                               |
| RIW     | Recht Internationaler Wirtschaft  |
| STS     | Sentencia del Tribunal Supremo  |
| SAP     | Sentencia Audiencia Provincial  |
| STJCE   | Sentencia Tribunal de Justicia Comunidades Europeas                               |
| STJUE   | Sentencia Tribunal de Justicia Unión Europea                                      |
| STPI    | Sentencia Tribunal de Primera Instancia   |
| TFUE    | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea                                     |
| TPI     | Tribunal de Primera Instancia   |
| WuW     | Wirtschaft und Wettbewerb   |

|           |  |
|-----------|--|
| UK C.A.   | United Kingdom Court of Appeal                   |
| UK CAT    | United Kingdom Competition Appeal Tribunal       |
| UK H.C.   | United Kingdom High Court                        |
| UK S.C.   | United Kingdom Supreme Court                     |
| US S.C.   | United States Supreme Court                      |
| WC        | World Competition                                |
| YPIL      | Yale Private International Law                   |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft |
| ZWeR      | Zeitschrift für Wettbewerbsrecht                 |

\*\*\*\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Acciones derivadas de ilícitos Antitrust en un contexto global

1. La economía actual se basa en la liberalización del tráfico de personas, productos y capitales al ritmo que marca la Globalización. Este proceso se caracteriza por la interconexión de los procesos económicos y mercados a nivel mundial y supone una realidad palpable que afecta a la totalidad de la sociedad. Los mercados nacionales se han difuminado y evolucionado a escenarios que van más allá de las fronteras geográficas y de los territorios soberanos de cada Estado. Asimismo, la constante evolución tecnológica ha permitido aumentar el carácter transnacional o global de los mercados obviando las fronteras nacionales tradicionales.

El aumento de las empresas multinacionales en tamaño, cantidad y relevancia, que se caracterizan por ser organizaciones con un control central y un ámbito de actuación mundial y demás efectos de la Globalización pueden llegar cuestionar la eficacia de ciertas categorías del Derecho de la Competencia y del Derecho Internacional Privado que nacen y dependen de la soberanía de cada Estado<sup>1</sup>. Así, el reciente Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación del Derecho de la Competencia resalta que

*La interdependencia cada vez mayor de las economías mundiales es una tendencia irreversible: la inversión extranjera directa había superado el 30 % del PIB mundial antes de la crisis, y el comercio mundial ha crecido una media del 5,3 % anual durante las dos últimas décadas. Han aparecido nuevos gigantes económicos mientras que los grandes agentes en el entorno mundial han hecho importantes inversiones recíprocas en sus economías<sup>2</sup>.*

2. La piedra angular de la Libre Competencia es su Derecho, que define y limita las conductas de las empresas y otros operadores en el mercado y el margen de

---

<sup>1</sup> J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 1998, p. 38. G. CALLIES, J. MERTENS, „Privatrecht und Wettbewerbspolitik in der Globalisierung“ en *RabelsZ*, Vol. 74, 2010, pp. 463-492. D. P.TZAKAS, *Die Haftung für Kartellverstösse im Internationalen Rechtsverkehr*, 2013, Baden Baden, Nomos, p. 26.

<sup>2</sup> Informe Anual de la Comisión Europea sobre la política de competencia 2013: [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2013/part1\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2013/part1_es.pdf), Com 2014/249, 6 mayo, 2014

intervención del Estado en el mercado<sup>3</sup>. La Competencia se caracteriza como una forma abierta de oferta y demanda compuesta de acciones y reacciones entre los agentes del mercado<sup>4</sup>. Tal y como defiende la corriente *ordo liberal*, cualquier proveedor y demandante de productos o servicios puede ejercer su influencia en mercado por pequeño que sea<sup>5</sup>. Aunque los individuos no sean conscientes de ello, en conjunto, determinan los precios y el proceso económico total<sup>6</sup>.

Según *A. Smith* la elección del consumidor es la fuerza que mueve la competencia que lleva a la promoción del bienestar general o *general welfare*<sup>7</sup>. Por tanto, la competencia no sólo afecta a los agentes que determinan los precios en el mercado, sino que incluye a cualquier entidad o individuo aunque no tenga apenas poder de compra. Así, cuando la competencia sea débil, el Estado debe exigir que las empresas participen en el mercado como si no tuviesen el poder de abusar del resto de unidades del mercado<sup>8</sup>. De esta forma, el Derecho de la Competencia incluye y protege a todos los individuos que participan en el mercado<sup>9</sup>. Su efectividad requiere que no sólo se eviten conductas prohibidas, ya sea por las autoridades de competencia o por los particulares, si no que aquellos que hayan sufrido un perjuicio por un incumplimiento de la norma puedan exigir la compensación del mismo<sup>10</sup>.

---

<sup>3</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex, 2009, p. 38. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford, 2012, p.1. F. FELICE, M. VATIERO, “Ordo and European Competition Law”, en *JEL* 2013, B2, K21, p. 4.

<sup>4</sup> F. FELICE, M. VATIERO, “Ordo and European Competition Law”, en *JEL* 2013, B2, K21, p. 4.

<sup>5</sup> W. EUCKEN, *The legal foundations of Economics*, Londres, Springer 1951, p. 270.

<sup>6</sup> W. EUCKEN, *The legal foundations of Economics*, Londres, Springer 1951, p. 270. P. BEHRENS, “The “Consumer Choice” Paradigm in German Ordoliberalism and its impact upon EU Competition Law”, Discussion Paper 1/14, p.8 consultado por última vez el 20.3.2014 en [http://www.europa-kolleg-hamburg.de/fileadmin/user\\_upload/documents/Discussion\\_Papers/Discussionpaper\\_Behrens\\_01\\_01.pdf](http://www.europa-kolleg-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Discussion_Papers/Discussionpaper_Behrens_01_01.pdf).

<sup>7</sup> P. BEHRENS, “The “Consumer Choice” Paradigm in German Ordoliberalism and its impact upon EU Competition Law”, Discussion Paper 1/14, p.8 consultado por última vez el 20.3.2014 en [http://www.europa-kolleg-hamburg.de/fileadmin/user\\_upload/documents/Discussion\\_Papers/Discussionpaper\\_Behrens\\_01\\_01.pdf](http://www.europa-kolleg-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Discussion_Papers/Discussionpaper_Behrens_01_01.pdf).

<sup>8</sup> F. FELICE, M. VATIERO, “Ordo and European Competition Law”, en *JEL* 2013, B2, K21, p. 4.

<sup>9</sup> P. BEHRENS, “The “Consumer Choice” Paradigm in German Ordoliberalism and its impact upon EU Competition Law”, Discussion Paper 1/14, p.8 consultado por última vez el 20.3.2014 en [http://www.europa-kolleg-hamburg.de/fileadmin/user\\_upload/documents/Discussion\\_Papers/Discussionpaper\\_Behrens\\_01\\_01.pdf](http://www.europa-kolleg-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Discussion_Papers/Discussionpaper_Behrens_01_01.pdf).

<sup>10</sup> Véase al respecto por ejemplo el considerando 3 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

3. A pesar de la globalización, el Derecho Antitrust sigue siendo una cuestión nacional a excepción de territorios como el de la Unión Europea. En este ámbito, además del Derecho Antitrust Nacional disponemos del Derecho Antitrust Europeo de efectos transnacionales y controlado por instituciones transnacionales, como es la Comisión Europea y demás organismos de la Unión Europea que vigilan y protegen el mercado Interior Europeo<sup>11</sup>.

En el resto del mundo, los intentos de uniformar el Derecho Antitrust para hacer frente a conductas y realidades globales no han tenido el éxito necesario aunque se pueda constatar una tímida aproximación en la cooperación internacional entre las autoridades de competencia para poder reaccionar frente a conductas de alcance internacional o global<sup>12</sup>. Esta realidad limita la capacidad de los Estados de establecer con éxito su política económica<sup>13</sup>.

Existe una tendencia por parte de los Estados de regular situaciones con conexión transnacional determinando puntos de conexión que permitan una ordenación efectiva de la economía y de la Libre Competencia dentro de su territorio<sup>14</sup>. La *transnacionalidad* de la economía lleva a replantear la soberanía territorial y obliga a legislar de forma efectiva frente a conductas que puedan afectar al mercado nacional pero que tengan su origen en otros Estados<sup>15</sup>. De esta forma, el Derecho de la Competencia nacional puede llegar a tener consecuencias más allá de sus propias fronteras lo que puede provocar colisiones normativas y jurisdiccionales.

---

<sup>11</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General*, La Competencia, Madrid, Colex, 2009, p. 31.

<sup>12</sup> Sobre la cooperación de las autoridades nacionales de Competencia véase, A. MUNDT, *Focus, inclusiveness and implementation – The ICN as a key factor for global convergence in competition law*, consultado por última vez el 19.3.2014 en

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc924.pdf>. La sanción al cártel de los rodamientos se basa en una cooperación internacional de las autoridades de competencia de los EE.UU, Europa, Canada y Japón. Véase al respecto: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-280\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-280_en.htm).

<sup>13</sup> J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 61 y ss. D.P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellverstöße im Internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos, 2013, p. 26.

<sup>14</sup> D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellverstöße im Internationalen Rechtsverkehr*, 2013, Baden Baden, p. 26.

<sup>15</sup> J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, Tübingen Mohr Siebeck, 1998, p. 61. J. BASEDOW S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 2.

4. El Derecho de la Competencia se aplica por una parte por entidades públicas que sancionan a aquellos que lo incumplen y por otra se aplica en el ámbito privado, esto es, entre los agentes del mercado que lo emplean como arma de ataque o escudo de defensa frente a posibles abusos de otros agentes. Esta segunda vía se conoce como la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia o *Private Enforcement*<sup>16</sup>. Mientras que algunos Estados o tradiciones legales se encuentra perfectamente acomodada en sus sistemas legales e incluso prevalece sobre la aplicación pública como es el caso de los EE.UU, Canadá o Australia, en Europa el TJCE ha tenido que reconocer en *Courage y Manfredi* que el Derecho de la Competencia debe de permitir mecanismos de compensación efectivos para ser realmente eficaz<sup>17</sup>.

En este sentido, la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia comprende las acciones que puedan realizar personas físicas o jurídicas contra restricciones de la competencia con los medios que le otorga el Derecho Civil combinado con el Derecho de la Competencia Europeo o Nacional<sup>18</sup>. Estos mecanismos incluyen acciones de daños y perjuicios de un perjudicado contra el infractor de la norma Antitrust. Aunque no se trate de una cuestión novedosa en la Unión Europea, es cierto que desde la descentralización de la aplicación del Derecho de la Competencia Europeo establecida en el Reglamento 1/2003 la aplicación privada del Derecho de la Competencia ha aumentado considerablemente. El carácter internacional de las disputas también se ha vuelto más notorio al abarcar distintos agentes del mercado y autoridades de competencia implicados en un mismo asunto<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 603. Considerando 3 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

<sup>17</sup> STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297 y STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619, Sobre la eficacia de la aplicación privada en Europa véase el estudio realizado por B. RODGER y otros, *Application of Competition Law in the National Courts*, conclusiones disponibles en <http://www.clcpecreu.co.uk/> (consultado por última vez el 20.3.2014).

<sup>18</sup> D.P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Munich, Nomos, 2011, p. 31. D. ASHTON, C. VOLLRATH, "Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community Competition Law", en *ZWeR* 2006. A. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 1-2. D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, p. 6.

<sup>19</sup> Sobre la descentralización véase: J. BORNKAMM, M. BECKER, „Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG- Kartellrechts“, en *ZWeR* 2005, pp. 213-236. A. FOER, J. CUNEO, *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law* Northampton, Edward

Las cuestiones transnacionales que se susciten en la aplicación privada se regularán en primera instancia por el Derecho Internacional Privado. A diferencia del Derecho Internacional Público que marca los límites de actuación de las autoridades de competencia dentro de la soberanía de su territorio, el Derecho Internacional Privado regula los conflictos transnacionales que afecten a personas físicas y jurídicas en el ámbito del Derecho Privado<sup>20</sup>.

5. La distinción entre aplicación privada y pública es esencial. La aplicación pública se refiere básicamente a la implementación de los arts. 101 y 102 TFUE y sus homólogos nacionales, que en el caso de España son el art. 1 y siguientes de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia<sup>21</sup>. Los procedimientos en este ámbito se inician por las autoridades de defensa de la competencia nacionales o por la Comisión Europea. Estos organismos públicos se encargan de velar por el cumplimiento de la normativa y pueden imponer sanciones a aquellos que no la respeten. Así, los bienes jurídicos protegidos por las normas administrativas son el mercado y la libre competencia como intereses públicos<sup>22</sup>. La aplicación privada, por el contrario, se inicia por los propios agentes del mercado, empresas o particulares que pueden ser víctimas de una conducta prohibida o haber participado en la misma. Las partes defienden de esta forma sus propios intereses en el mercado en el que operan. En este supuesto, el bien jurídico protegido es la propiedad particular o la libertad de actuación en un mercado<sup>23</sup>. Aunque se trate de esferas con bienes jurídicos protegidos distintos no se pueden considerar herméticas. Es más, la interrelación puede resultar especialmente estrecha en especial cuando la acción privada se base en una vulneración del Derecho Antitrust sancionada por una autoridad administrativa<sup>24</sup>. Este tipo de acciones, también conocidas como

---

Elgar 2010. K. LAENERTS, D. GERARD, “Decentralisation of EC Competition Law Enforcement, Judges in the Frontline”, en *WC* 2004, pp. 313-349. M. MAHER, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge, Cambridge, 2010, pp. 256-263.

<sup>20</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed., Vol I, Granada, Comares 2013, p.43.

<sup>21</sup> Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

<sup>22</sup> Sobre la naturaleza del derecho de compensación véase: G. MEESEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p. 4.

<sup>23</sup> G. MEESEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p. 4.

<sup>24</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 21. A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, Cambridge 2009. Al contrario: M. CARPAGNANO, “Litigación en Derecho de la Competencia:

*follow on actions*, se basarán en la decisión sancionadora administrativa previa al procedimiento civil<sup>25</sup>. La dificultad aumenta en aquellos casos en los que se añade un componente internacional.

## 2. Descripción del trabajo

6. La Unión Europea surge como una comunidad de Estados que busca mejorar su posición en el mundo y el bienestar de sus ciudadanos mediante una cooperación cada vez más intensa eliminando barreras de todo tipo. La supresión de las barreras al libre comercio, a la libre circulación de personas y capitales, se está logrando gracias a los pilares de los Tratados de la Unión Europea como son el Derecho de la Competencia y la Cooperación en Asuntos Judiciales y la armonización, entre otros, del Derecho Internacional Privado. El Derecho de la Competencia nacional y europeo deben de ser efectivos para garantizar un mercado libre<sup>26</sup>. El Derecho Civil nacional debe permitir la compensación de aquellos daños generados de forma ilícita. Por último, el Derecho internacional Privado debe custodiar la seguridad jurídica, facilitar el acceso a la justicia y evitar situaciones injustas provocadas por la naturaleza internacional del asunto. Por otro lado, las acciones derivadas del incumplimiento de la normativa Antitrust son necesarias para conseguir un sistema efectivo de libre competencia que permita la compensación del daño ilícito al perjudicado por la conducta ilegal<sup>27</sup>.

Este trabajo analiza la relación entre el Derecho Internacional Privado y las acciones civiles derivadas del incumplimiento de la normativa Antitrust. Para ello, se definirá

---

La perspectiva Italiana, 1990-2010” en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 87.

<sup>25</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 24. E. RUIZ DE ANGULO GOMEZ, R. BAYO ÁLVAREZ, J. COSTAS COMESAÑA, “Las Experiencias Nacionales en la aplicación privada del Derecho de la Competencia: España” en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 137.

<sup>26</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 2.

<sup>27</sup> Considerando 3 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.



este tipo de acciones y su alcance y se incluirán tanto las acciones a título individual como colectivo. Debido a los intereses cruzados entre la aplicación pública y privada, se realizará una breve exposición de ambos sistemas aclarando los puntos de colisión entre ambos.

La dimensión internacional de la aplicación pública permite entender las particularidades del Derecho de la Competencia. La doctrina de los efectos, tanto en su dimensión pública como privada, sienta la base sobre la que se deben de determinar los vínculos para la jurisdicción y en especial para determinar el derecho aplicable<sup>28</sup>.

En este contexto, se examina la competencia judicial internacional, incluyendo situaciones de litispendencia o demandas conexas y el derecho aplicable a este tipo de acciones en un contexto transfronterizo. Se estudiarán principalmente las normas europeas de Derecho Internacional Privado aplicables a cualquier litigio que presente conexiones con más de un Estado miembro de la Unión Europea.

7. Además de las acciones individuales tradicionales, las acciones colectivas suponen a día de hoy un mecanismo válido para compensar daños masivos y dispersos<sup>29</sup>. Precisamente muchos ilícitos Antitrust se caracterizan por generar este tipo de daños a lo largo de la cadena de distribución<sup>30</sup>. De esta forma, resulta obligado tratar la dimensión internacional de las acciones colectivas derivadas de ilícitos Antitrust. Debido a sus particularidades nacionales y las diferencias existentes frente a las acciones individuales tradicionales, su estudio se realizará en una sección propia.

---

<sup>28</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 310.

<sup>29</sup> Sobre las acciones colectivas véase: L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela 2009. L. CARBALLO PIÑEIRO, “Derecho de Competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: Observaciones a propósito del art. 6 del R. Roma II” en *AEDIPr* 2007, t. VII, pp. 465-495. E. RODRIGUEZ PINEAU, “El recurso Colectivo en las acciones de daños derivados de ilícitos concurrenciales: consideraciones de competencia judicial internacional”, en A. FONT I RIBAS, T. GÓMEZ, (Coord.), *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 225-242.

<sup>30</sup> D. P. TZAKAS, “Collective Redress Proceedings: Specific Issues regarding jurisdiction and choice of law” en M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT, *Crossborder EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013. pp. 223- 252, p. 226.

8. Así, el objetivo principal del presente estudio es comprobar si las normas de Derecho Internacional Privado Europeo existentes solucionan los problemas que plantean las acciones individuales o colectivas derivadas de ilícitos Antitrust en un contexto transfronterizo o si por el contrario, suponen un impedimento adicional a la aplicación privada del Derecho de la Competencia<sup>31</sup>.

### 3. Contexto normativo

9. Aunque se haya afirmado que la aplicación privada del Derecho Antitrust haya “estado subdesarrollada” en Europa a día de hoy, ya existen diversas normas que regulan estas acciones y sobrada jurisprudencia repartida entre diversos Estados miembros de la Unión Europea<sup>32</sup>.

Así, en Europa un demandante que quiera iniciar una acción contra una empresa en un asunto transnacional derivada de una infracción de las normas Antitrust, deberá en primer lugar basarse en el Derecho Internacional Privado Europeo para determinar los tribunales a los que acudir.

Por ello, en el presente trabajo se analizará principalmente el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de Diciembre de 2012, conocido como *Bruselas I bis* sobre la Competencia Judicial Internacional en cuestiones civiles y mercantiles<sup>33</sup>,

También se analizará la forma de determinar la ley aplicable al fondo del asunto, conforme al Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*Roma I*),<sup>34</sup> y al Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007

---

<sup>31</sup>El Derecho Internacional Privado Español no entra dentro del ámbito principal del presente estudio.

<sup>32</sup> Véase: H. WEYER, „Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht“ en *ZeUP* 2003, pp. 318-344. B. RODGER y otros, *Application of Competition Law in the National Courts*, conclusiones disponibles en <http://www.clcpecreu.co.uk/> (consultado por última vez el 20.3.2014). Sobre la aplicación en España véase en concreto: F. MARCOS, “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *GCLR* 2013 4, pp. 167-208, p. 182.

<sup>33</sup> En adelante R. 1215/2012.

<sup>34</sup> En adelante R. Roma I.

relativo a la ley aplicable en las obligaciones extracontractuales conocido como *Roma II*<sup>35</sup>. Todas estas normas, a excepción del art. 6.3 del R. Roma II, no han sido redactadas explícitamente para litigios Antitrust internacionales<sup>36</sup>.

A su vez, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo han presentado en Junio de 2013 una propuesta de Directiva que ha sido aprobada con fecha 24 de Noviembre de 2014, una comunicación y una recomendación que buscan regular una serie de aspectos que pueden resultar problemáticos para este tipo de acciones<sup>37</sup>. La Directiva 2014/14 y las Recomendaciones se analizarán en la medida en la que resulten aplicables en la dimensión transnacional.

**10.** A lo largo del presente estudio veremos cómo la aplicación de estas normas a las acciones derivadas de ilícitos Antitrust puede resultar más compleja de lo previsto y generar dudas e inseguridad jurídica<sup>38</sup>. Precisamente en este contexto nos preguntamos si las víctimas de un ilícito Antitrust disponen de remedios realmente efectivos tal como exige el principio *Ubi ius ibi remedium*.

#### **4. Metodología**

**11.** El análisis y la investigación de las anteriores cuestiones se han emprendido con el estudio de la normativa, jurisprudencia europea y nacional y de la doctrina, así como de los diversos informes y documentos elaborados por la Comisión Europea u otros Organismos Europeos en relación a este tipo de acciones, haciendo especial hincapié en su proceso legislativo.

---

<sup>35</sup> En adelante R. Roma II.

<sup>36</sup> J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 7.

<sup>37</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

<sup>38</sup> El Derecho Internacional Privado también regula tradicionalmente la ejecución de sentencias extranjeras y precisamente las sentencias relativas a las acciones por daños y perjuicios pueden resultar complejas. No obstante esta cuestión no puede ser tratada en la presente tesis debido al alcance de la misma.

En todo momento se tratará, además, de añadir un enfoque práctico ya que esta investigación pone especial énfasis en la aplicación de la legislación arriba citada, de la jurisprudencia y de la doctrina a casos prácticos suscitados en el contexto transnacional. Para ello, se recurrirá a diversos ejemplos que se hayan planteado en los distintos Tribunales nacionales y en los Tribunales de la Unión Europea así como en los Estados Unidos de América, patria de la aplicación privada del Derecho Antitrust.

12. Cuestiones como *Forum Shopping* y la mal llamada *Extraterritorialidad*<sup>39</sup> del Derecho Antitrust merecen una consideración especial, además del debido análisis de aquellos instrumentos que puedan debilitar a una parte del litigio fortaleciendo a la parte mejor informada.

Así, el estudio de los efectos previstos o imprevistos de las normas de Derecho Internacional Privado sobre las acciones derivadas de ilícitos Antitrust nos mostrará si es necesaria su reforma o quizás establecer reglas específicas.

En suma, el objetivo del presente trabajo es aportar una nueva visión al debate y, en la medida de lo posible, presentar soluciones a los problemas jurídicos que se detecten en los tres grandes bloques normativos arriba indicados. Para ello, se plasmarán las alternativas discutidas y se realizarán una serie de propuestas o recomendaciones si resultasen necesarias.

---

<sup>39</sup> Sobre el ámbito de aplicación espacial del Derecho Antitrust Europeo véase: A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General*, La Competencia, Madrid, Colex 2009, p.301 y ss. O. G. LAMBSDORFF, "Regulation of Competition in a globalized market" en *WUW* 2003, pp 710-713. C. OTERO, GARCIA, "El alcance extraterritorial del Derecho de la Competencia y su utilización como medida comercial", en *GJUE*, 2001, pp. 34-56. J. BASEDOW, "Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts – Ausbau und Differenzierung des Auswirkungsprinzips", en *NJW* 1989, pp. 627-633 y "Who will protect Competition in Europe? From central enforcement to authority networks and private litigation", en *EBOR* 2, 2001, pp. 443-468. A. LINDACHER, „Die internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität“, en *GRUR Int* 2008, p. 453. V. WINFRIED, "Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht", en J. BASEDOW (Coord.) *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max Planck Institut für Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2001, pp. 293-316, p. 307.

## 5. El Derecho de la Competencia, ¿Aplicación Pública o Privada?

### A) ¿Qué es el *public enforcement*?

13. El Derecho de la Competencia Europeo prohíbe a las empresas o agentes económicos aquellas prácticas y acuerdos que restrinjan la libre competencia en el mercado o que abusen de su posición dominante<sup>40</sup>. La Comisión Europea y las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros son las encargadas de vigilar el cumplimiento de estas prohibiciones establecidas en los arts. 101 y 102 TFUE<sup>41</sup>. Esto se conoce comúnmente como *Public Enforcement* o aplicación pública del Derecho de la Competencia.

El cumplimiento de dichas normas también se asegura con una segunda vía, conocida como *Private Enforcement* o aplicación privada del Derecho de la Competencia. El *Private Enforcement* se plantea ante los tribunales nacionales en acciones iniciadas por empresas o personas en el ámbito del Derecho Civil o Privado cuando consideran que han sufrido un perjuicio derivado de la infracción del Derecho Antitrust realizada por la parte demandada<sup>42</sup>.

14. Debido a la aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia Europeo establecida por el Reglamento 1/2003, puede haber procedimientos paralelos en los que actúe la Comisión, las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia y los tribunales nacionales por una misma conducta<sup>43</sup>. Se trata, por tanto, de un sistema dual cuyas vías se han desarrollado de forma autónoma y en paralelo.

---

<sup>40</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 38. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2012, p. 1 y ss. G. MEESSEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p.4.

<sup>41</sup> R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2012, p. 53.

<sup>42</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, p. 21.

<sup>43</sup> Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, en adelante R. 1/2003. M. FRESE, “Fines and damages under EU Competition Law: Implications of the Accumulation of Liability”, en *WC* 2011, pp. 398-432, p. 399. K. LAENERTS, D. GERARD, „Decentralisation of EC Competition Law Enforcement, Judges in the Frontline“, en *WC* 2004, pp. 313-349, K. SCHMIDT, ““Privatisierung” des

Mientras que la aplicación pública se planifica y dirige por el legislador europeo - fijando las normas procesales derivadas de los arts. 101 y 102 TFUE y del Reglamento 1/2003-, la aplicación privada se desarrolla en paralelo por los tribunales de los Estados miembros de forma espontánea. Sin perjuicio de lo anterior el TJCE también ha sentado las bases de la aplicación privada concediendo derechos a las empresas debido a la eficacia directa del Derecho de la Unión reconocida desde la sentencia *Van Gend de Loos*<sup>44</sup>.

15. Como hemos visto, la Comisión Europea y las Autoridades de Defensa de la Competencia Nacionales son las responsables de la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE<sup>45</sup>. Los poderes de la Comisión Europea se encuentran regulados en el R. 1/2003, y los de las Autoridades Nacionales en su normativa nacional<sup>46</sup>. La Comisión Europea tiene ante todo un papel supervisor que debe evitar que las empresas cometan infracciones y sancionar a aquellas que las hayan cometido dentro del mercado europeo. El organismo de supervisión europeo dispone de distintas potestades para aplicar los arts. 101 y 102 TFUE pudiendo imponer órdenes de cesación y desistimiento, remedios, compromisos vinculantes y sanciones económicas en caso de infracción intencionada o negligente<sup>47</sup>. La gravedad de la infracción se determina en base a una serie de factores agravantes y atenuantes, que sirven a su vez para determinar el importe de la sanción. Las infracciones intencionadas o negligentes no se diferencian a la hora de fijar una sanción<sup>48</sup>. El importe de la sanción no podrá superar el diez por ciento del volumen de negocios de la empresa sancionada y es independiente del daño que haya podido causar la conducta en el mercado afectado<sup>49</sup>.

---

Europakartellrechts-Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003“ en *ZeuP*, pp. 881-886.

<sup>44</sup> STJCE, 5 febrero 1963, *Van Gend & Loos*, C 26/62, *Rec.* 1961-1963, p. 00333; D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 21.

<sup>45</sup> Los arts. 4 y 5 y 6 de este Reglamento, definen las competencias de la Comisión Europea, las autoridades nacionales y los tribunales nacionales.

<sup>46</sup> R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2012, p. 53.

<sup>47</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 405.

<sup>48</sup> STJCE, 25 marzo 1996, *SPO*, C/137/95, *Rec.* 1996, p. 1611, apdo. 55.

<sup>49</sup> Así, tanto la Comisión como las Autoridades Nacionales además del marco legislativo han adoptado directrices y guías que explican los métodos empleados para determinar el importe de la sanción. Véase al respecto: A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, 2009, p. 548. B. ZANETTI, “International Aspects: The Evolution of the EC International

Con el fin de coordinar recursos y procedimientos, las Autoridades de Defensa de la Competencia y la Comisión Europea han desarrollado mecanismos de coordinación de procedimientos sancionadores y repartos de asuntos en el ámbito administrativo<sup>50</sup>.

Entre estos procedimientos destacan las sanciones que se pueden imponer por la infracción del art. 101 TFUE. Esta norma prohíbe cualquier tipo de cártel entre empresas competidoras es decir cualquier tipo de acuerdo entre empresas competidoras que busquen restringir la competencia, como por ejemplo la fijación de precios y el reparto de mercados, entre otros<sup>51</sup>. Los cárteles se caracterizan por su secretismo y son de difícil persecución y detección. Para conseguir romper este silencio, la Comisión Europea y la mayoría de las autoridades nacionales europeas permiten que las empresas que han participado en un cártel confiesen su participación<sup>52</sup>. A cambio de pruebas y cooperación, la sanción que de otra forma les hubiese sido impuesta se puede llegar a reducir por completo. Este mecanismo, conocido como *Clemencia*, sirve para detectar y facilita la labor investigadora de las autoridades, además de aumentar la disuasión y reducir atractivo a los acuerdos ilícitos<sup>53</sup>.

Ahora bien, las pruebas con las declaraciones aportadas de forma voluntaria al expediente pueden servir como base para una acción civil que pudiera plantear víctima un perjudicado por un del cártel. El acceso a estas declaraciones y documentos que las acompañen puede poner en peligro la efectividad de los programas de clemencia, por lo que las autoridades de defensa de la Competencia tratan de protegerlos limitando el acceso de terceros o posibles demandantes a la información disponible en sus expedientes<sup>54</sup>. Precisamente este punto representa uno de los puntos de fricción entre la aplicación pública y la privada más complejos y polémicos que existen en este ámbito y

---

Competition Policy”, en G. AMATO, Y C. EHLERMANN (Coords.) *EC Competition Law a Critical Assessment*, Oxford, Hart Publishing 2007, pp. 759-796.

<sup>50</sup> Sobre la Red de autoridades de competencia y mecanismos de coordinación en Europa véase: B. RODGER, *Coordination within the European Competition Network* en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 343 y ss.

<sup>51</sup> R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford, 2012, p. 82.

<sup>52</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 579. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2012, p. 289.

<sup>53</sup> Véase por ejemplo programa de clemencia español de la CNMC en: (consultado por última vez el 20.03.214): <http://www.cnmc.es/es-es/competencia/programadeclemencia.aspx>.

<sup>54</sup> L. IDOT, “Access to evidences and Files of Competition Authorities”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, S. L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Oxford 2012, pp. 257-286.

puede afectar a la viabilidad de una acción civil compensatoria derivada de un ilícito Antitrust<sup>55</sup>.

## **B) Principios de la aplicación privada del Derecho de la Competencia Comunitario**

**16.** Como hemos visto, la Libre Competencia no es sólo una “Cuestión de Estado” bajo la única responsabilidad de las autoridades estatales de control, sino un proceso de interacción basado en la libertad de los distintos agentes económicos cuya efectividad depende de la posibilidad de que cada individuo pueda defenderse frente a una infracción de la competencia tal y como ha resaltado el TJUE en diversas sentencias<sup>56</sup>. La aplicación del Derecho de la Competencia por los tribunales nacionales convive con la aplicación pública y supervisora, y aumenta el efecto disuasorio del sistema, permitiendo a su vez, la reparación del daño sufrido. A su vez, la vía civil supone, por tanto, un canal adicional de justicia correctiva, mediante la compensación de los daños sufridos, y completa el sistema de aplicación pública más centrado en la garantía de la libre competencia en el mercado que en los intereses individuales<sup>57</sup>.

**17.** Los arts. 101 y 102 TFUE se deben de aplicar por los Tribunales nacionales, tal y como establecen los arts. 1 y 6 del Reglamento 1/2003<sup>58</sup>. Estos procedimientos se rigen por el derecho de cada Estado miembro, ya que a día de hoy la armonización de las

---

<sup>55</sup> L. IDOT, “Access to evidences and Files of Competition Authorities”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, S. L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Oxford 2012, pp. 257-286. D.P. RUBIANO MEZA, Programas de Clemencia y Reparación del Daño Antitrust, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 789 y sig. P. FERNANDEZ PEREZ, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de rescaramiento de los daños derivados de ilícitos Antitrust”, *Indret* 1/2013. Véase la reciente STJUE, 27 febrero 2014, *EnBW*, C-365/12 P que anula parcialmente la sentencia *EnBW* del TPI.

<sup>56</sup> G. MEESSEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p.4. STJCE, 20 septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001 p. 6297 y STJCE 13 julio 2006, C 295-298/04, *Manfredi*, *Rec.* 2006, p. 6619. STJUE, 14 junio 2011, *Pfleiderer*, C 360/09, *Rec.* 2011, p. 05161. STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis y otros/Comisión*, C 199/11. STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11, STJUE, 27 febrero 2014, *EnBW*, C-365/12 P.

<sup>57</sup> M. FRESE, “Fines and damages under EU Competition Law: Implications of the Accumulation of Liability”, en *WC* 2011, pp. 398-432, p. 399.

<sup>58</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 425.



acciones privadas sigue pendiente. La Directiva 2014/14 de Daños tendrá que ser implementada en el plazo de dos años desde su aprobación por el Consejo en Noviembre de 2014, por lo que la armonización en estos momentos supone la excepción<sup>59</sup>.

No obstante, la jurisprudencia europea se ha encargado de establecer una serie de principios rectores sobre los que se basa la aplicación privada del Derecho de la Competencia que servirán de base para el presente estudio.

El Tribunal desde *Van Gend & Loos* reconoce que el Tratado de la Unión Europea tiene efectos directos y concede derechos a los individuos<sup>60</sup>. En las sentencias *Brasserie de Haecht* y *BRT Sabam* constata que las prohibiciones de los arts. 101 y 102 TFEU podían generar efecto directo entre individuos y otorgar derechos individuales que deben ser protegidos por los tribunales nacionales<sup>61</sup>. La sentencia *Rewe y Comet* sirvió para la limitar la autonomía de los Estados miembros, al someterla a los principios de equivalencia y efectividad<sup>62</sup>. Los principios de *Rewe y Comet* también son aplicables al Derecho de la Competencia, tal y como establece la sentencia *Van Schijndel y Van Veen*. En el asunto *Von Colson* el TJCE nos recuerda que la compensación por los daños sufridos por la infracción del Derecho Comunitario debe de ser adecuada en relación al daño<sup>63</sup>.

Estos principios han sido aplicados en relación a las acciones derivadas de ilícitos Antitrust en los asuntos *Courage y Manfredi*, que son la base más explícita para las reclamaciones por daños y perjuicios<sup>64</sup>. En estas sentencias el TJCE reconoce

---

<sup>59</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

<sup>60</sup> STJCE, 5 febrero 1963, *Van Gend & Loos*, C 26/62, *Rec.* 1963, p. 00333.

<sup>61</sup> STJCE, 30 enero 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73, *Rec.* 1974, p. 51. STJCE, 6 febrero 1973, *Brasserie de Haecht*, C 48/72, *Rec.* 1973 p. 77. STJCE, 28 febrero 1991, *Delimitis*, C 234/89, *Rec.* 1991, p. 935.

<sup>62</sup> STJCE, 16 diciembre 1976, *Rewe*, C33/76, *Rec.* 1976, p. 1989. STJCE, 16 diciembre 1976, *Comet*, C 45/76, *Rec.* p. 2043. STJCE, 14 diciembre 1995, *Van Schijndel y Van Veen*, C 430/93 y C 431/93, *Rec.* 1995, p. 4705.

<sup>63</sup> STJCE, 10 abril 1984, *von Colson*, C 14/83, *Rec.* 1984, p. 1981.

<sup>64</sup> STJCE, 20 septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* p. 6297 y STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619. I. BRINKER, C. BALSSSEN, “Von Crehan zu Manfredi- Grundlage eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs für jedermann“, en I. BRINKER, D. SCHEUING (Coords.),

expresamente el derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de las normas de competencia comunitarias. Estas sentencias son cruciales para el *private enforcement* porque clarifican y despejan cualquier duda o sospecha que hubiese respecto al derecho a percibir una indemnización en caso de incumplimiento de una norma<sup>65</sup>.

Asimismo ambas sentencias recogen los supuestos más comunes en este tipo de reclamaciones: Reclamación en el marco de una relación contractual por inclusión de cláusulas abusivas o contrarias al derecho de la competencia<sup>66</sup>, y una reclamación extracontractual por precios abusivos acordados en el marco de un cártel de precios<sup>67</sup>. Los tribunales europeos han confirmado la doctrina e ido detallando el alcance de las normas europeas en la aplicación privada en las posteriores sentencias *Otis*, *Pfleiderer*, *Donau Chemie*, *EnBW*, y *Kone*<sup>68</sup>. Es más, la sentencia *Pfleiderer* limita la autonomía procesal nacional al recordar que el acceso a las pruebas que se encuentran en un expediente es una cuestión a regular por los Estados miembros y que debe respetar los principios de equivalencia y efectividad<sup>69</sup>.

## 6. La “extraterritorialidad” y la doctrina de los efectos

18. El Derecho de la Competencia tiene una serie de particularidades que afectan a las normas de Derecho Internacional Privado y merecen una consideración especial dentro del presente análisis. Los mercados transnacionales son un reflejo de la globalización que, como veremos, afecta a los límites tradicionales del Derecho Internacional Público y Privado basados en mercados nacionales con regulación

---

*Recht und Wettbewerb Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, Munich, Beck 2006, pp. 69-80.

<sup>65</sup> Véase al respecto: A. EZRACHI, *EU Competition Law, an Analytical Guide to the Leading Cases*, 2ª Ed, Oxford, Oxford, 2010.

<sup>66</sup> STJCE, 20 septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297.

<sup>67</sup> STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619.

<sup>68</sup> STJCE, 20 septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297 y STJCE 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619. STJUE, 14 junio 2010, *Pfleiderer*, C 360/09, *Rec.* 2010, p. 05161. STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis y otros/Comisión*, C 199/11. STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11, STJUE, 27 febrero 2014, *EnBW* C-365/12 P. STJUE, 5 de Junio 2014, *Kone*, C 557/12.

<sup>69</sup> STJUE, 14 junio 2010, *Pfleiderer*, C 360/09, *Rec.* 2010, p. 05161.

nacional<sup>70</sup>. Los Estados, conscientes de sus límites en la aplicación en el Derecho de la Competencia, han ido desarrollando soluciones que permiten combatir conductas transnacionales más allá del alcance geográfico tradicional<sup>71</sup>.

El principio de territorialidad refleja la soberanía de un Estado y establece su potestad legislativa y sancionadora pudiendo sancionar a aquellas personas que infrinjan sus normas en su territorio. Así, se presume que la jurisdicción sólo podrá establecerse cuando la vulneración de la norma haya tenido lugar en el territorio<sup>72</sup>. Pero ciertas conductas en el mercado pueden afectar a varios territorios, a pesar de que se hayan desarrollado fuera de los mismos. Los participantes de un cártel pueden reunirse en un hotel que se encuentra en un Estado y acordar subir el precio de sus productos de forma conjunta en otros mercados nacionales. Existen numerosos precedentes en los que los integrantes de un cártel escogen *ex profeso* un territorio neutral para reunirse y escapar a posibles investigaciones o sanciones por las autoridades nacionales<sup>73</sup>. La regulación y sanción de este tipo de conductas resulta especialmente compleja debido a los límites jurisdiccionales tradicionales<sup>74</sup>.

**19.** La práctica administrativa y la casuística relacionada con la aplicación del Derecho de la Competencia en situaciones transnacionales se inspiran exclusivamente en la perspectiva unilateral de las autoridades de competencia y de los tribunales que revisan sus decisiones<sup>75</sup>. El núcleo de la cuestión es por tanto el alcance geográfico de las normas de conducta establecidas en la Ley de competencia del Foro y su posible aplicación extraterritorial.

---

<sup>70</sup> Sobre los mercados nacionales véase: A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol II, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 1122. C. OTERO GARCIA, “El alcance extraterritorial del Derecho de la Competencia y su utilización como medida comercial”, en *GJUE*, 2001, pp. 34-56.

<sup>71</sup> A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex, 2009, p. 301 y s.

<sup>72</sup> A. THEMELIS, “The Internet, Jurisdiction and Competition law: the Concept of Over Territoriality in Addressing Jurisdictional implications in the Online World”, en *WC* 2012, pp. 325–353.

<sup>73</sup> BkrtA, 28 enero 2011, B12/11/09 *Feuerwehrfahrzeuge*, Diversos fabricantes de camiones de bomberos se reunían en Zurich para repartirse los mercados alemán y austriaco evitando reunirse en ambos países.

<sup>74</sup> A. THEMELIS, “The Internet, Jurisdiction and Competition law: the Concept of Over Territoriality in Addressing Jurisdictional implications in the Online World”, en *WC* 2012, pp. 325–353.

<sup>75</sup> A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, 2009, p. 307 y ss.

Para solucionar estos desajustes, los distintos Estados han ido desarrollando normas que permiten juzgar conductas que hayan tenido lugar en otros Estados cuando tengan efecto sobre su propia jurisdicción. En principio esta interpretación, calificada como “extraterritorial”, se podía considerar contraria al Derecho Internacional Público<sup>76</sup>. No obstante, dentro de ciertos límites, la doctrina de los efectos ha ido ganando adeptos a nivel internacional en las últimas décadas aunque en origen fuese duramente criticada<sup>77</sup>. Es evidente que los efectos económicos de una conducta no están limitados a las fronteras nacionales, por lo que la doctrina de los efectos ha servido para contrarrestar el desequilibrio generado. Ésta tiene su origen en el año 1945 en los Estados Unidos<sup>78</sup>. Después de dudar durante mucho tiempo, los países de la Commonwealth -tales como Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda- también han adoptado normas similares, así como numerosos Estados miembros de la Unión Europea, como Francia, Italia, Dinamarca, Polonia, Suecia además de Suiza<sup>79</sup>.

En la práctica puede que la aplicación de la norma difiera de un Estado a otro pero existe consenso generalizado en que el Derecho Antitrust Nacional se aplicará a conductas anticompetitivas si éstas tienen efectos domésticos directos, sustanciales y predecibles<sup>80</sup>.

## **A) Doctrina de los efectos en los Estados Unidos de América**

---

<sup>76</sup> A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, 2009. p. 307 y ss.

<sup>77</sup> J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law”, en J. BASEDOW (Coord.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, p. 244. J. BASEDOW, „Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts – Ausbau und Differenzierung des Auswirkungsprinzips“, *NJW* 1989, pp. 627-633. A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p.307 y ss.

<sup>78</sup> US.S.C, *U.S. v. Aluminium Co. of America*, 148 F2d 416, 1945, *Alcoa*, véase: H. BUXBAUM, “German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement”, en *BJIL* Vol. 23, 2005, pp. 474-495, p. 491. R. MICHAELS, „Us- Gerichte als Weltkartellgerichte?“ en *IPRAX*, 2004, pp. 451-457. P. MANKOWSKI, „Was soll der Anknüpfungsgegenstand des (europäischen) Internationalen Wettbewerbsrechts sein?“ en *GRUR INT* 2005, p. 634.

<sup>79</sup> J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law en J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, p. 244. A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009. p. 307 y ss.

<sup>80</sup> STJCE, 27 Septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7,125-129/85, *Rec.* 1988, p. 5193, apdos. 11 y 16. US SC *US v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d. 416 (2nd Cir. 1945).

20. El cártel mundial de las vitaminas y los litigios que han seguido al mismo nos sirven de ejemplo y de precedente. Entre los años 1989 y 1999 una serie de empresas entre las que se encontraban *Hoffmann –La Roche* y *Aventis* acordaron subidas coordinadas del precio de sus productos a nivel mundial. Este cártel fue descubierto y sancionado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y por la Comisión Europea.<sup>81</sup> Como continuación a las sanciones impuestas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y por la Comisión Europea, gran cantidad de empresas perjudicadas por este cártel presentaron demandas contra las empresas cartelistas en los Estados Unidos y en Europa.<sup>82</sup>

Uno de los litigios seguidos en los Estados Unidos fue iniciado por demandantes de Ucrania, Panamá, Ecuador y Australia (Empagran otros). Asimismo empresas europeas presentaron sus demandas ante los tribunales británicos y alemanes.<sup>83</sup>

El 14 de junio de 2004 la Corte Suprema de los Estados Unidos de América determinó en este asunto, conocido como *Vitaminas*,<sup>84</sup> que los tribunales estadounidenses no eran competentes ni tenían jurisdicción sobre conductas anticompetitivas con efectos negativos domésticos y daños independientes en terceros países, en el que los demandantes reclaman tan sólo el daño sufrido en el extranjero.<sup>85</sup>

La sentencia *Vitaminas* de la Corte Suprema alcanzó gran resonancia, tanto en las autoridades de competencia como en las empresas multinacionales, y consiguió mitigar

---

<sup>81</sup> Comisión Europea, 10 enero 2003, *Vitaminas* COMP/E-1/37.512, DOCE 2003 L 6/1. A. PIEKENBROCK, „Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im europäischen Wettbewerbsrecht“, en *GRUR INT* 2005, p. 997.

<sup>82</sup> F. W. BULST, „The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe“, en *EBOR* 4, 2003, pp. 623-650. C. BAUDENBACHER, K. BEHN, „Back to “Betsy”: Zur Empagran-Entscheidung des US- Supreme Court, en *ZWeR* 2004, pp. 604-626.

<sup>83</sup> Como veremos más adelante la sentencia La sentencia de la High Court de Inglaterra en el año 2003 en el asunto *Provimi* supone un hito de gran importancia sobre la posibilidad de los demandantes extranjeros de demandar a demandados extranjeros en territorio británico véase: UK C.A., *Roche Products Ltd. & Ors. V. Provimi, Ltd.*, 2003, EWHC 961 (Comm).

<sup>84</sup> US S. C., 14 junio 2004, *F. Hoffman-La Roche Ltd. et. Al. v. Empagran S.A. et al.* 542. P. HAY, T. KRÄTZSCHMAR, „Neue Unsicherheiten um die extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Antitrust-Rechts“ en *RIW* 2003, pp.809-813.

<sup>85</sup> De esta forma la Corte Suprema zanjó las diferencias entre las Cortes del 5th Circuit (*Den Norske Stats Oljeselskap AS v. HeereMac VOF et al.*) y el 2º Circuit (*Kruman v. Christie’s Int’l PLC*) y el D.C. Circuit (*Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd*) sobre la aplicación de la normativa estadounidense Sherman Act a los daños sufridos en el extranjero. Véase al respecto, C. RYNGAERT, *Foreign to Foreign Claims in Antitrust Matters: The U.S. Supreme Court’s Decision (2004) v. The English High Court’s Decisions (2003) in the Vitamins Case*, K.U. Leuven, 2006 consultado por última vez el 21.3.2014 en <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP58e.pdf>.

los miedos despertados por las instancias anteriores que habían dejado la puerta abierta a la jurisdicción de las cortes estadounidenses a demandantes extranjeros en casos poco vinculados a los Estados Unidos<sup>86</sup>. Los cinco distribuidores de vitaminas con domicilio en el extranjero (*Empagran* y otros) consiguieron que la Corte de Apelaciones decidiese a su favor, concediéndoles daños y perjuicios en una acción colectiva o *class action* contra productores y distribuidores de vitaminas extranjeros y domésticos (*Hoffman-LaRoche Ltd.* y otros) La sentencia se basaba en que los demandados habían participado en una conspiración de fijación de precios que sirvió para subir el precio de las vitaminas para compradores extranjeros y estadounidenses. La *D.C. Circuit Court* en resumen, permitía mediante su sentencia que compradores extranjeros demandasen a otras empresas extranjeras en los Estados Unidos, siempre que la conducta anticompetitiva de la empresa demandada hubiese afectado también al mercado estadounidense<sup>87</sup>. Así, los demandantes podrían evitar la aplicación de su normativa nacional presentando una demanda en los Estados Unidos y solicitar *trebble damages* y disfrutar de las normas de *discovery* americanas que favorecen al demandante en mayor medida que las normas procesales europeas<sup>88</sup>.

21. Teniendo en cuenta que las empresas actúan hoy en día en un mercado global, a los demandantes les podía resultar muy fácil alegar que el mercado estadounidense estaba afectado por cualquier cártel transnacional. No sorprende, por tanto, que esta sentencia fuese objeto de duras críticas por Estados extranjeros que exigían el respeto de su soberanía y por el Departamento de Justicia, es decir, por la propia autoridad de competencia estadounidense que temía por su programa de clemencia<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> T. KÖRBER, “Die Empagran- Entscheidung des US Supreme Court“, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 595. J. SHENEFIELD, “Extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Kartellrechts“ en *WUW* 12/2004, pp. 1276 - 1284.

<sup>87</sup> T. KÖRBER, “Die Empagran- Entscheidung des US Supreme Court“, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 596.

<sup>88</sup> R. MICHAELS, “Us- Gerichte als Weltkartellgerichte?“ en *IPRAX* 2004, pp. 451-457.

<sup>89</sup> T. KÖRBER, “Die Empagran- Entscheidung des US Supreme Court“, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 596.

**a) Antecedentes: *Kruman* y *Statoil***

**22.** Antes de entrar en los detalles de la sentencia de la Corte Suprema en el asunto *Vitaminas* resulta útil recordar dos asuntos previos, *Statoil* y *Kruman*, que muestran el desacuerdo entre las Cortes de Apelación respecto a la interpretación de la *Sherman Act*, controversia que acabó con la casación mediante la sentencia *Vitaminas* de la Corte Suprema.

**23.** En el asunto *Statoil*, la Corte de Apelación del *5th Circuit* consideró que la acción del demandante debe derivarse de los efectos anticompetitivos en el mercado estadounidense<sup>90</sup>. Una empresa petrolera noruega denominada *Den Norske*, propietaria y explotadora de plataformas petrolíferas y de gas en el Mar del Norte, alegaba que tres proveedores de servicios de transporte marítimos pesados en el Golfo de México, el Mar del Norte y el Extremo Oriente habían maquinado una puja fraudulenta y reparto de territorios, proyectos y consumidores con la consecuente subida artificial de los precios de sus servicios. La Corte de apelación debía aclarar el ámbito de la *Section 6* de la *FTAIA* que indica que la *Sherman Act* no se aplica al comercio que no sea de importación con terceros estados, a no ser que la conducta a debate tenga un efecto “sustancial, y razonablemente previsible” sobre el comercio doméstico y este efecto dé motivos para demandar en base a la normativa de competencia<sup>91</sup>.

La Corte concluyó que la conducta sí tenía un efecto directo y sustancial y razonablemente previsible sobre el mercado estadounidense, puesto que el acuerdo ilícito afectaba a los compradores de los servicios de transporte pesado en el Golfo de México inclusive las aguas territoriales estadounidenses y también afectaba a los compradores de petróleo en Estados Unidos más caro de lo debido o supra competitivos. Para ello, se basó en la amplia jurisprudencia existente y reiteró que sólo

---

<sup>90</sup> U.S. C.A. 5<sup>th</sup> C. *Den Norske StatsOljeselskap AS v. HeereMac VOF et al.*, 241 F. 3d 420 (5th Circuit 2001), cert. denied, 534 U.S. 1127 (2002).

<sup>91</sup> Precisamente esta norma de la *FTAIA* tiene por objeto regular una posible extraterritorialidad excesiva. T. KÖRBER, “Die Empagran- Entscheidung des US Supreme Court“, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 599.

los efectos en los Estados Unidos pueden llegar a justificar las pretensiones de los demandantes<sup>92</sup>.

24. En el asunto, *Kruman v. Christie's Int'l PLC*<sup>93</sup> los demandantes habían presentado acciones de clase contra una conocida casa de subastas con domicilio en Londres y Nueva York, alegando que ésta formaba parte de un cártel de fijación de precios por los servicios que prestaban como casa de subastas a los propietarios de los objetos a subastar. Todos los demandantes habían realizado compras en distintas subastas realizadas fuera de los Estados Unidos y reclamaron que habían sufrido daños por haber pagado comisiones infladas a los demandados. La Corte de Apelación del *2nd Circuit* pidió a los demandantes que probasen que el acuerdo relativo a la fijación de precios en mercados de subastas en el extranjero también había afectado al mercado estadounidense<sup>94</sup>. Puesto que el acuerdo de fijación de precios en Estados Unidos sólo podía tener éxito junto con el acuerdo relativo al extranjero, ambas conspiraciones estaban interrelacionadas y los demandantes pudieron demandar a la casa de subastas londinense en los Estados Unidos por los daños sufridos en el extranjero. Ahora bien, la Corte decidió que era competente en virtud de la *Section 6 FTALA*, siempre y cuando se estableciese el efecto doméstico a pesar de que el daño del demandante no surgiese de tal efecto. Esta decisión era por tanto contraria a la sentencia *Statoil* antes descrita.

25. En el asunto *Empagran, S.A. v. F. Hoffman-LaRoche Ltd.*, la Corte del *D.C. Circuit* siguió el razonamiento establecido en el asunto *Kruman*, añadiendo que los compradores extranjeros debían disfrutar de la protección de la normativa Antitrust estadounidense en la misma medida que los compradores norteamericanos. Asimismo, resaltó en el efecto disuasorio adoptando una postura más orientada por la política Antitrust.

---

<sup>92</sup> U.S. C.A., 5<sup>th</sup> C. *Den Norske StatsOljeselskap AS v. HeereMac VOF et al.*, 241 F. 3d 420 (5th Circuit 2001), cert. Denied, 534 U.S. 1127 (2002). T. KÖRBER, "Die Empagran- Entscheidung des US Supreme Court", en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 594.

<sup>93</sup> U.S. C.A., 2<sup>nd</sup> C. *Kruman v. Christie's Int'l PLC*, 284, F. 3d 384 (2nd Circuit 2002).

<sup>94</sup> T. KÖRBER, Die Empagran- Entscheidung des US Supreme Court, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 595.



## **b) Vitaminas**

26. Debido a la clara contradicción entre *Statoil*, *Kruman* y *Vitaminas* la Corte Suprema dictaminó un auto con el fin de clarificar el objeto y alcance de la *Section 6* de la FTAIA, y en particular decidir si los tribunales estadounidenses eran competentes en relación a conductas anticompetitivas extranjeras con efectos económicos adversos y daños independientes en el extranjero cuando la acción del demandante se basase tan sólo en el daño sufrido en el extranjero<sup>95</sup>.

La opinión de la Corte Suprema y en concreto de *Justice BREYER* merece una atención especial, ya que no sólo analiza la FTAIA en base a su lenguaje e historia sino que también la interpreta conforme al derecho internacional público para sustanciar sus conclusiones. Así, un acto del Congreso de los Estados Unidos no podrá ser nunca constituido para infringir las leyes de otros países<sup>96</sup>.

Considerando que el principio de derecho consuetudinario internacional de no injerencia en los asuntos internos de otro Estado era aplicable a este caso, la Corte Suprema concluyó que la aplicación de la *Section 6* a las acciones de los demandantes creaba un serio riesgo de injerencia en el derecho de los Estados a regular libremente sus propios asuntos mercantiles y comerciales<sup>97</sup>. De esta forma, la Corte Suprema seguía las afirmaciones planteadas por varios países europeos, Canadá y Japón en sus escritos *amicus curiae* en los que afirmaban que otra interpretación supondría una infracción de la soberanía nacional de terceros Estados<sup>98</sup>.

La Corte continúa afirmando que el Congreso, en el momento de acordar la FTAIA, no tuvo la intención de aplicar esta norma a conductas que causaran un daño independiente

---

<sup>95</sup> T. KÖRBER, “Die Empagram- Entscheidung des US Supreme Court“, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 595.

<sup>96</sup> US S.C., *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 2 Cranch 64, 118 (1804).

<sup>97</sup> US S. C., 14 junio 2004, *F. Hoffman-La Roche Ltd. et. Al. v. Empagram S.A. et al.* 542.

<sup>98</sup> T. KÖRBER, “Die Empagram- Entscheidung des US Supreme Court“, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 596. O. G. LAMBSDORFF, “Regulation of Competition in a globalized market” en *WUW* 2003, pp 710-713, p. 710.

en el extranjero: “*Congress, we must assume, would not have tried to impose (U.S. Antitrust Policies) in an act of legal imperialism, through legislative fiat*”<sup>99</sup>.

Así, la Corte Suprema rechazaba de forma clara y expresa el análisis influenciado por la política Antitrust seguido por la Corte de Apelaciones y apoyada por parte de la doctrina que también había participado como *amicus curiae*. Según esta corriente, el riesgo de responsabilidad y *treble damages* en los Estados Unidos tendría un efecto disuasivo muy fuerte y así se contribuiría a una aplicación de las normas Antitrust más efectiva. La Corte respondió a esto que el argumento contrario había sido realizado por las propias autoridades de competencia de otros Estados y que, aunque fuese cierto, no se puede esperar de los jueces que valoren políticas y la eficiencia económica global en asuntos particulares<sup>100</sup>.

Además de los argumentos de derecho internacional público, la Corte Suprema se basa en la jurisprudencia existente hasta la fecha distinguiendo este caso de anteriores asuntos. Tal y como resalta la sentencia, se trataba de casos en los que el demandante era el Gobierno de los Estados Unidos de América y la cuestión no giraba en torno a daños independientes sufridos en el extranjero. Además, la Corte rechaza una aplicación por analogía con los tres casos citados puesto que todos ellos se referían a daños sufridos en el extranjero que, a diferencia del asunto *Vitaminas*, derivaban de daños domésticos. Ahora bien, no se refiere a su propia sentencia en el asunto *Pfizer v. Government of India* del año 1978<sup>101</sup>.

En el asunto *Pfizer* sobre las acciones de demandantes extranjeros contra un cártel de productos farmacéuticos, la Corte Suprema falló que “*to deny a foreign plaintiff injured by an antitrust violation the right to sue would defeat these purposes*”: “*to deter violators and deprive them of “the fruit of their illegality” and “to compensate victims of antitrust violations for their injuries*”<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> US S. C. 14 junio 2004, *F. Hoffman-La Roche Ltd. et. Al. v. Empagran S.A. et al.* 542.

<sup>100</sup> T. KÖRBER, “Die Empagran- Entscheidung des US Supreme Court“, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603. p. 596. O. G. LAMBSDORFF, “Regulation of Competition in a globalized market” en *WUW* 2003, pp 710-713, p. 710.

<sup>101</sup> US S.C., *Pfizer Inc. Et al. v. Government of India et al.*, 434 U.S. 308 (1978).

<sup>102</sup> U.S. S.C., *Pfizer Inc. Et al. v. Government of India et al.*, 434 U.S. 308 (1978), at. 314-315. Denegar el derecho a demandar a un demandante extranjero perjudicado por una violación del Derecho Antitrust

La *D.C. Circuit Court* se basó precisamente en esta sentencia para determinar su competencia, mientras que la Corte Suprema tan sólo se refiere indirectamente a la sentencia *Pfizer* a la hora de rechazar el análisis político de la sentencia de la *D.C. Circuit Court*.

¿Qué significa esto? ¿Rechaza la Corte Suprema la doctrina *Pfizer*? A primera vista la respuesta parece sencilla, puesto que la FTAIA es de 1982 y por tanto posterior a *Pfizer* por lo que prevalecería. Sin embargo, esta respuesta no convence puesto que la argumentación histórica de la Corte Suprema se basa en casos anteriores a *Pfizer* y, por tanto, anteriores a la FTAIA; es más, el caso *Pfizer* se cita en los orígenes legislativos de la FTAIA<sup>103</sup>. La verdadera diferencia entre *Pfizer* y *Vitaminas* radica en la naturaleza de los demandantes y el domicilio de los demandados.

Los demandados en *Pfizer* eran empresas estadounidenses y los demandados en *Vitaminas* eran empresas extranjeras. A su vez, los demandantes en *Pfizer* realizaron compras en los Estados Unidos mientras que las transacciones en *Vitaminas* tuvieron lugar en el extranjero. Estas diferencias muestran claramente que el nexo entre la conspiración *Pfizer* y el comercio estadounidense era mayor que en el asunto *Vitaminas*<sup>104</sup>. La última de las diferencias indicadas resulta decisiva: Si una empresa extranjera o Estado compra bienes a un precio excesivo y cartelizado en los Estados Unidos, esta empresa o Estado podrá demandar a los miembros del cártel en los Estados Unidos con independencia de la nacionalidad de los cartelistas, puesto que el precio excesivo pagado en los Estados Unidos refleja el efecto doméstico requerido para determinar la competencia de los tribunales estadounidenses en virtud de la *Sherman Act*<sup>105</sup>. Si la empresa extranjera compra los bienes fuera de los Estados Unidos, tan sólo podrá demandar a los cartelistas en los Estados Unidos y con independencia de su

---

llevaría al rechazo de los propositos de “Disuadir a infractores y privarles del fruto de su ilegalidad y compensar los daños a las víctimas de las violaciones antitrust.

<sup>103</sup> H.R. Rep. N° 97-686, at 10.

<sup>104</sup> T. KÖRBER, “Die Empagran- Entscheidung des US Supreme Court“, en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 596.

<sup>105</sup> US S. C. ,14 junio 2004 *F. Hoffman-La Roche Ltd. et. Al. v. Empagran S.A. et al.*542.

nacionalidad siempre y cuando el daño reclamado derivase del daño causado por el cártel en los Estados Unidos<sup>106</sup>.

27. Esta sentencia de la Corte Suprema fue muy sonada desde la perspectiva del Derecho Internacional Público. El respeto de la territorialidad es un principio básico y las leyes tan sólo deberían aplicarse de forma extraterritorial si esto resulta razonable<sup>107</sup>. La competencia sólo se ejerce de forma razonable si existe un nexo claro entre la conducta extranjera y el foro<sup>108</sup>. Tal y como resaltaron el Reino Unido, Irlanda y los Países Bajos en sus escritos como *amicus curiae*, el nexo entre los Estados Unidos y las acciones de los demandantes en el asunto *Vitamins* era prácticamente inexistente<sup>109</sup>.

Otro aspecto a tener en cuenta en una determinación razonable de la competencia es el respeto del alcance de la competencia de otras jurisdicciones que puedan estar afectadas. La Corte Suprema desarrolla este aspecto concluyendo que la injerencia en la soberanía reguladora de otros Estados no puede ser justificada por el principio de la *reasonableness*.

## **B) Doctrina de los efectos en Europa**

28. Hasta hace aproximadamente dos décadas muchos países en Europa consideraban que la doctrina de los efectos era contraria al Derecho Internacional Público, y en particular contraria a los principios de territorialidad y no intervención o

---

<sup>106</sup> C. RYNGAERT, *Foreign to Foreign Claims in Antitrust Matters: The U.S. Supreme Court's Decision (2004) v. The English High Court's Decisions (2003) in the Vitamins Case*, K.U. Leuven, 2006 consultado por última vez el 21.3.2014 en <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP58e.pdf>.

<sup>107</sup> §403 (1) de Restatement of Foreign Relations Law of the United States (Third) (1987).

<sup>108</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, 1995, consultado por última vez el 21.3.2014 en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>.

<sup>109</sup> T. KÖRBER, "Die Empagament-Entscheidung des US Supreme Court", en *ZWeR* 2004, pp. 591-603, p. 596.

injerencia<sup>110</sup>. Pero estas objeciones se han ido desvaneciendo, a pesar de algunas voces<sup>111</sup>. La jurisprudencia del TJCE aún contiene muestras de este debate. De hecho, el TJCE nunca se ha referido explícitamente a esta doctrina, sino que ha aplicado los arts. 101 y 102 TFUE a transacciones extraterritoriales que debían ser implementadas dentro de la Unión Europea<sup>112</sup>.

El primer caso del TJCE que ha tratado la aplicación extraterritorial en la Unión Europea es el asunto *Pasta de madera*<sup>113</sup>. La Comisión Europea había sancionado a una serie de fabricantes de madera que tenían su domicilio en Estados no pertenecientes a la Unión Europea pero que habían acordado los precios de sus productos a nivel mundial, incluida la Unión Europea. La Comisión Europea propuso adoptar en este asunto la doctrina de los efectos basada en el caso americano *Alcoa*, alegando que el art. 101 TFUE debía aplicarse ya que la conducta sancionada generaba efectos no sólo sustanciales sino también intencionados dentro del mercado único<sup>114</sup>.

El Abogado General *Darmon* ya había tratado de convencer sin éxito a la Corte para que adoptase la doctrina de los efectos, y ampliar así el ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia Europeo, en los asuntos *Dyestuffs* y *Continental Can*<sup>115</sup>. Sin embargo, en estos asuntos el TJCE consideró que las empresas estaban actuando a través de sus filiales europeas y que debían ser juzgadas como una única unidad económica o *undertaking*. De esta forma, establecía la jurisdicción necesaria sin tener que pronunciarse sobre la doctrina de los efectos.

---

<sup>110</sup> K. MEESEN, *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden Baden, Nomos 1975. W. MENG, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, Hamburgo, Beck 1994, p. 454.

<sup>111</sup> K. MEESEN, “Schadensersatz bei weltweiten Kartellen“, en *WuW* 2005, pp. 1115-1122.

<sup>112</sup> STJCE, 27 Septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7,125-129/85, *Rec.* 1988 p. 5193, apdo. 16. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex 2003, p. 422.

<sup>113</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Åhlström Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7,125-129/85, *Rec.* 1988 p. 5193. Véase al respecto: A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p.312 y ss. A. THEMELIS, “The Internet, Jurisdiction and Competition law: the Concept of Over Territoriality in Addressing Jurisdictional implications in the Online World”, en *WC* 2012, Issue 2, pp. 325–353, p. 335.

<sup>114</sup> Comisión Europea, *Pasta de Madera*, IV/29. 725 1985, DOCE 1985 L085, apdo. 79. La doctrina de los efectos ha sido aplicada además entre otros en los siguientes casos: STJCE, 28 abril 1998, *Javico* C 306/96, *Rec.* 1998, p. 1983. STJCE, 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.* 1999 p. 3055. STPI, 30 septiembre 2003, *Atlantic Container*, T-191/98, *Rec.* 2003 II, p. 03275

<sup>115</sup> STJCE, 14 julio 1972, *Imperial chemical Industries*, C 48/69, *Rec.* 1972 p. 619, C 6/72 *Europemballage & Continental Can v. Commission*, *Rec.* 1972, p. 215.

Ahora bien, en el asunto *Pasta de madera*, las empresas no tenían filiales en Europa -o no tenían el control necesario sobre las mismas- y todas las empresas implicadas en el cártel actuaban desde fuera del territorio comunitario. La Comisión Europea añadió un factor nuevo a la jurisdicción, al considerar que la ejecución de la conducta con una simple venta directa dentro de la Unión era suficiente. Así, el lugar en el que se encontraba el vendedor o tuvieron lugar los hechos no eran factores válidos que sirviesen para rechazar la jurisdicción. El Tribunal aceptó este argumento, siempre y cuando el precio fijado de forma ilícita se aplicase dentro de la Unión Europea. Y falló que la ejecución se realiza cuando el acuerdo a examen afecte al precio, la calidad y la cantidad de un producto que se venda dentro de la Unión Europea<sup>116</sup>. Según el Tribunal, en estos casos, la competencia de la Unión Europea está cubierta por el principio de territorialidad<sup>117</sup>.

### C) Doctrina de los efectos y la aplicación privada

29. Como continuación a las sentencias *Alcoa* y *Pasta de madera*, Estados miembros como Alemania e Italia han reconocido en sus normas de defensa de la competencia nacionales la doctrina de los efectos en relación al ámbito de aplicación de la ley en general<sup>118</sup>. Mientras que las normas de conflicto de ambos Estados tan sólo se refieren a la aplicación de su derecho nacional, Suiza ha ido un paso más allá reconociendo el principio del efecto como una norma de conflicto bilateral en el art. 137 de su Ley de Derecho Internacional Privado<sup>119</sup>. Por ello, un juez suizo estará preparado

---

<sup>116</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7, 125-129/85, Rec. 1998 p. 5193, apdo. 17.

<sup>117</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7, 125-129/85, Rec. 1988 p. 5193, apdo. 18.

<sup>118</sup> § 130.2 GWB, J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law” en J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, p. 245. En el caso italiano no se reconoce de forma explícita si bien el art. 1 (4) de la Ley nº 287 de 10 de Octubre de 1990 establece que la interpretación de las normas se hará de acuerdo al Derecho de la Unión Europea tal y como lo aplican sus instituciones. [www.agcm.it: http://www.agcm.it/en/comp/1727-law-no-287-of-october-10th-1990.html](http://www.agcm.it/en/comp/1727-law-no-287-of-october-10th-1990.html). consultada por última vez: 21.03.2014.

<sup>119</sup> Art. 137 de la Ley de Derecho Internacional Privado Suiza: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 Art. 137:

para establecer una compensación en base a la normativa de defensa de la competencia alemana y derecho civil alemán cuando la conducta haya afectado al mercado alemán.

Como veremos más adelante, parte de la doctrina reclama que la aplicación del principio de los efectos se limite a aquellos efectos que resulten directos, sustanciales y previsibles con el fin de respetar el principio de territorialidad objetiva<sup>120</sup>.

De lo anterior se desprende que parece apropiado aplicar las normas de un solo sistema legal a las conductas anticompetitivas y a las reclamaciones civiles que éstas provoquen<sup>121</sup>. Como veremos, esta armonía se podría alcanzar a través del art. 6.3 del R. Roma II. Aquí radica la relevancia de la doctrina de los efectos y de la doctrina *Pasta de madera*, definiciones del Derecho Antitrust, ya que pueden afectar a las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la competencia judicial internacional o incluso servir para fijar el Derecho aplicable.

## **7. Doctrina de la Unidad de grupo de sociedades o *undertaking***

**30.** Además de la cuestionada doctrina de los efectos, en Europa también se ha desarrollado la doctrina de la unidad del grupo de sociedades o *undertaking*: el Derecho Antitrust considera una sola empresa a diversas sociedades de un mismo grupo cuando actúen como una unidad económica<sup>122</sup>. Este principio básico del Derecho Antitrust también está siendo aplicado para interpretar el Derecho Internacional Privado por lo

---

*1 Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung unterstehendem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist. 2. Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären.*

<sup>120</sup> A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p.315 y ss.

<sup>121</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Oxford 2011.

<sup>122</sup> A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 309. La jurisprudencia del STJCE en esta materia es especialmente extensa y variada. Sirva como ejemplo las recientes sentencias STJUE, 10 abril 2014, *Siemens*, T 124/07, y STJUE, 10 abril 2014, *Areva*, T 127/07.

que merece especial atención. Como veremos, el TJCE permite condenar a sociedades matrices por el comportamiento colusorio de sus filiales. Las filiales pueden tener responsabilidad jurídica propia, pero es posible que no tengan una política comercial independiente dentro del mercado común<sup>123</sup>.

Precisamente esta doctrina se está empleando para arrastrar a matrices a los foros de sus filiales en las acciones por ilícitos Antitrust que se están planteando en el Reino Unido, Holanda, Finlandia, Austria y Alemania. Por ello, la responsabilidad Antitrust de la matriz puede distorsionar el concepto tradicional de demandado en el Derecho Internacional Privado como veremos en los próximos capítulos.

## **8. Acciones de reparación de daños derivadas de conductas anticoncurrenciales**

### **A) Tipología de las acciones civiles derivadas de ilícitos Antitrust**

**31.** Las acciones que se pueden plantear en este ámbito se inician por empresas o particulares que hayan sufrido o sufren las consecuencias de una infracción del Derecho de la Competencia o por aquellos que sean parte de un contrato contrario a la competencia y quieran liberarse del mismo o incluso exigir el cese de una conducta<sup>124</sup>.

El Derecho de la Competencia también puede emplearse en la jurisdicción civil como escudo protector por una parte, cuando la otra parte exija el cumplimiento de un contrato que sea contrario a la normativa de competencia<sup>125</sup>.

**32.** Dentro de las posibles acciones, las más comunes en un ámbito internacional son las acciones por daños y perjuicios causados por infracciones de los arts. 101 y 102

---

<sup>123</sup> A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p.310.

<sup>124</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, p. 21.

<sup>125</sup> R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2012, p. 295.



TFEU o de sus equivalentes en la normativa nacional. Éstas se dividen en dos categorías, en función de su origen:

- La primera categoría incluye las demandas conocidas como *follow on* que resultan de una investigación administrativa previa y están basadas en la decisión de la autoridad de competencia correspondiente para apoyar sus pretensiones ante la jurisdicción civil<sup>126</sup>. Así, el demandante supera parte de las dificultades de este tipo de demandas y usa la decisión administrativa como prueba para acreditar los hechos y el daño causado, puesto que el tribunal se basará en esta decisión para determinar la responsabilidad del demandado.

- En la segunda categoría se agrupan las demandas *stand alone*, siendo estas acciones más complejas puesto que no existe decisión administrativa previa sobre la que basar sus pretensiones<sup>127</sup>. En estos casos, el demandante debe probar la ilegalidad de la conducta lesiva además del daño sufrido y la causalidad.

**33.** También es necesario distinguir entre aquellas demandas que se basen en una infracción del Derecho Comunitario de la Competencia y las basadas en una infracción del Derecho nacional de cada Estado miembro.

En un contexto transnacional, la primera de las categorías será la más habitual y se caracterizará por los siguientes principios básicos:

- El Derecho infringido es el Comunitario, en concreto los arts. 101 y 102 TFUE<sup>128</sup>.
- Tal y como ha establecido el TJCE, cualquier individuo tiene derecho a reclamar el daño generado por una vulneración de la normativa comunitaria Antitrust.
- Aunque la infracción se rija por el Derecho comunitario, el resto de los aspectos legales de la acción se regirán por el Derecho Nacional aplicable al caso, tal y

---

<sup>126</sup> Sirva como ejemplo los casos españoles: STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro* R 651/2013 y STS, 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, R 344/2012.

<sup>127</sup> STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001 p. 6297 y STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619.

<sup>128</sup> A. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I, Parte General, la Competencia*, Madrid Colex 2009, p. 344.

como establecen las sentencias *Courage*, *Manfredi*, *Pfleiderer*, *Otis*, *EnBW*, *Donau Chemie* y *Kone*<sup>129</sup>.

- El Derecho nacional, tanto procesal como material, puede variar en alcance y contenido entre los distintos Estados miembros tal y como podremos observar más adelante.

**34.** Las acciones también pueden derivarse de la infracción de la normativa Antitrust nacional. En el caso español, esto supone básicamente la infracción de los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia<sup>130</sup>. Las acciones derivadas de esta infracción se regirán en principio por el art. 1902 del Código Civil junto con dichas normas si se consideran extracontractuales<sup>131</sup>. En otros Estados existen normas específicas reguladoras de este tipo de acciones, como es el caso de Alemania<sup>132</sup>.

**35.** En un asunto transnacional, la diferenciación entre la infracción del Derecho Comunitario o del Nacional no debería en principio tener mayor relevancia. No obstante, en ciertos casos sí puede llegar a haber diferencias ya que ciertos tipos de conductas pueden ser sancionadas en un Estado miembro y en otro no. Sirva como ejemplo el intercambio de información entre competidores, o las infracciones de menor

---

<sup>129</sup> STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297. STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619. STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11; STJUE, 27 febrero 2014, *EnBW*, C-365/12 P. STJUE, 5 de Junio 2014, *Kone*, C 557/12.

<sup>130</sup> L. BERENGUER FUSTER, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 51-60. E. RUIZ DE ANGULO GOMEZ, R. BAYO ÁLVAREZ, J. COSTAS COMESAÑA, “Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la Competencia: España” en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 137. F. MARCOS, “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)” en *GCLR* 2013, pp. 167-208, p.182.

<sup>131</sup> E. RUIZ DE ANGULO GOMEZ, R. BAYO ÁLVAREZ, J. COSTAS COMESAÑA, “Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la Competencia: España” en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 137. F. MARCOS, “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)” en *GCLR* 2013, pp. 167-208, p. 182. J. SUDEROW, „Private Enforcement in Spanien: Die Schokoladenhersteller gegen den Zuckerkartell“ en *WuW*, 2014, pp. 142-152. El TS ha establecido en las sentencias relativas al cártel del azúcar, que las obligaciones derivadas del ilícito tienen carácter extracontractual. STS 7.11.2013 *Nestlé y otros y Ebro*, R 651/2013 y STS 8.6.2012, *Nestlé y otros y ACOR*, R 344/2012.

<sup>132</sup> Sobre la naturaleza y alcance del § 33 GWB en Alemania véase T. LÜBBIG, “§ 33: Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht” en: Münchener Kommentar: europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht Vol. 2, Munich, Beck 2008. pp 373-400. G. MEESEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011. C. ALEXANDER, „Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle - Ein Überblick“ en *Jus* 2007, pp. 109-114.

importancia que puedan estar cubiertas por la norma *de minimis* de un país pero que en otro país pueden provocar una sanción<sup>133</sup>. En algunos Estados ciertos tipos de intercambio de información se consideran un cártel mientras que en otros no<sup>134</sup>.

De otra forma, la aplicación del Derecho Internacional Privado a un tipo u otro de acción podrá afectar al resultado del litigio, como veremos a lo largo del presente estudio.

**36.** Entre las situaciones en las que se podrían plantear estas acciones se deben resaltar los ejemplos más representativos:

### ***1) Acuerdos colusorios***

Una serie de fabricantes de vitaminas para uso industrial acuerdan en reuniones secretas en diversos lugares del mundo y a lo largo de varios años el precio de sus productos en Europa y en Estados Unidos<sup>135</sup>. Varias de las empresas miembros del cártel son sancionadas por las autoridades estadounidenses y Europeas. La compraventa se realizaba en algunos casos en base a contratos que contenían acuerdos de jurisdicción. En este caso se podrían plantear los siguientes litigios:

- Acción de daños y perjuicios del comprador directo en base al contrato o por responsabilidad extracontractual contra uno o varios miembros del cártel.
- Acción de daños y perjuicios del comprador indirecto o consumidores de dichas vitaminas, es decir, aquél que adquiere del comprador directo en base a la responsabilidad extracontractual contra uno o varios miembros del cártel.

---

<sup>133</sup> Así las cuotas de mercado pueden variar de un Estado miembro a otro. Véase al respecto R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2012, p. 140 y ss.

<sup>134</sup> Sobre el intercambio de información como conducta en distintas jurisdicciones véase Information Exchanges Between Competitors under Competition Law, OCDE; 2010 consultado por última vez el 21 03.2014: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>

<sup>135</sup> El cártel de las vitaminas fue sancionado por diversas autoridades nacionales, EE.UU y por la Comisión Europea. La decisión de la Comisión es COMP/E-1/37.512 – *Vitamins*, D.O. L 6/1 [2001]. y ha provocado entre otros litigios en el Reino Unido, EE.U y Alemania: por el Reino Unido: UK, H.C. *Roche Products Ltd & ors. V. Provimi Ltd*, 2003, EWHC 961, Alemania: LG Mannheim, 11 julio 2003- 7 0 326/02 resumida en *GRUR* 2004, 182. LG Mainz, 15 enero 2004-12HK O 52/02 resumida en *NJW RR* 2004 pp 478. En Francia la Cour d' Appel ha condenado el 27 de febrero de 2014 a otro fabricante de vitaminas a pagar daños y perjuicios a diversas empresas del sector alimentario: Cour d' appel de Paris, 27 febrero 2014, *Doux /Ajinomoto*, R. 10/18285.

- Acción de daños y perjuicios de otros competidores que no formaban parte del cártel por los daños que les haya causado el cártel contra uno o varios miembros del cártel.
- Acción de terceras empresas por los efectos tipo paraguas debido a la subida de precios de empresas ajenas al cártel pero que aprovechan la subida de precios de acordada entre los competidores para incrementar sus propios precios<sup>136</sup>.

## **2) Abuso de posición dominante**

Un fabricante internacional de dispositivos de teléfonos móviles ofrece importantes rebajas a aquellas operadoras de telefonía que vendan sus teléfonos en exclusiva o restrinja las ventas de otros teléfonos móviles de la misma gama<sup>137</sup>. A consecuencia de estas rebajas, las posibilidades de acceso a los mercados de otros fabricantes de dispositivos móviles son muy reducidas.

Los competidores del fabricante afectados deciden demandarle por los daños y perjuicios que está generando por el abuso de su posición dominante.

## **3) Acuerdos de distribución en exclusiva**

Un fabricante de perfumes de lujo francés ha establecido una red de distribución en distintos países. Los contratos de distribución contienen una cláusula de exclusividad y de precio de reventa mínimo<sup>138</sup>. Un distribuidor en España decide comenzar a vender también los perfumes del fabricante japonés y, debido a la crisis, rebaja el precio de reventa de los productos del fabricante francés.

En este caso se podrían plantear las siguientes acciones:

- El fabricante francés demanda al distribuidor español alegando incumplimiento del contrato. El distribuidor español se defiende, afirmando que la cláusula de exclusividad y de precios mínimos de reventa es contraria al Derecho de la Competencia.

---

<sup>136</sup> STJUE, 5 de Junio 2014, C 557/12, *Kone*.

<sup>137</sup> J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p 4.

<sup>138</sup> Basado en STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297.

- El fabricante japonés demanda a su homólogo francés porque debido a su conducta las ventas del perfume japonés han bajado drásticamente.

#### **4) *Joint Venture***

Los fabricantes de azúcar industrial A con domicilio en los Estados Unidos y de mermelada B con domicilio en España acuerdan construir y explotar una fábrica de mermelada en Polonia y que la producción de esta fábrica se venda en exclusiva en el Este de Europa y Asia. El fabricante de mermelada B no podrá vender la mermelada de sus otras plantas y marcas en este mercado. El acuerdo de empresa conjunta, o *joint venture*, contiene una cláusula de sumisión a arbitraje en caso de disputa. Cuatro años después del inicio de la colaboración, A descubre que B está vendiendo su mermelada de otras plantas y marcas en varios países del Este de Europa dentro y fuera de la Unión Europea. En este supuesto se pueden plantear los siguientes litigios:

- A demanda a B por incumplimiento del acuerdo de empresa conjunta.
- B exige la nulidad del acuerdo por ser contrario al Derecho de la Competencia.
- CU, la asociación de consumidores ucraniana y CH una asociación de consumidores húngara inician una acción colectiva en sus países contra ambos fabricantes por haber inflado los precios gracias al acuerdo de exclusividad en Europa del Este.

Como podemos constatar, en este tipo litigios se pueden ver involucrados los distintos agentes de la cadena de distribución y consumo en el mercado de cada producto y en diferentes países: Las acciones pueden plantearse por compradores directos, indirectos o finales que podrán ser consumidores o no, asociaciones de empresarios o consumidores. El Estado también podría verse involucrado en aquellos casos en los que sea el comprador directo o indirecto del producto o que represente a los consumidores

perjudicados<sup>139</sup>. Los demandados serán empresas o personas físicas involucradas en la conducta anticoncurrencial<sup>140</sup>.

## **B) Historia del proceso legislativo europeo**

**37.** En los últimos años, y a pesar del supuesto subdesarrollo de la aplicación privada del Derecho Antitrust, se viene observando su crecimiento en los distintos Estados miembros<sup>141</sup>.

Dentro del contexto regional, el Reglamento nº 1/2003 CE ha sentado las bases para modernizar la aplicación del derecho de la competencia y ha ido abriendo el camino a la aplicación privada, aunque hasta la fecha su relevancia haya parecido más bien discreta en algunos Estados miembros<sup>142</sup>.

Los arts. 101 y 102 TFUE se interpretan dentro del Tratado en su totalidad, siendo el establecimiento de un mercado común uno de los pilares básicos del propio Tratado y, por tanto, de la Unión Europea. Por ello no sólo sirven para proteger la competencia en sí, sino también como instrumento de la política de integración económica y social<sup>143</sup>. Este instrumento era esencial en sus orígenes para la consecución del mercado común.

---

<sup>139</sup> Sirva como ejemplo las acciones derivadas del cártel de los ascensores iniciadas por la Comisión Europea, en Bélgica. STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis*, C 199/11.

<sup>140</sup> Las demandas iniciadas contra el cártel de los ascensores en Austria también se dirijen contra una persona que había sido administrador de una de las empresas demandadas. OHG, 14 febrero 2012, *Aufzüge*, 5 Ob 39/11p-, y G. KOUTSOUKOU, P. PAVLOVA, „Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Kartellrechts“, en *WUW* 2014, pp. 153-163.

<sup>141</sup> Respecto al supuesto subdesarrollo véase D. GERADIN, L. A. GRELIER, *Cartel Damages Claims in the European Union: Have We Only Seen the Tip of the Iceberg?* Consultado por última vez el 21.3.2014 en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2362386](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2362386). D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013. B. RODGER y otros, *Application of Competition Law in the National Courts*, conclusiones disponibles en <http://www.clcpecreu.co.uk/> (consultado por última vez el 20.3.2014).

<sup>142</sup> L. BERENGUER FUSTER, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 51-60. Sobre la aplicación en España por ejemplo véase en concreto: F. MARCOS, “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, en *GCLR 2013*, pp. 167-208, p. 182.

<sup>143</sup> B. E. HAWK, “Antitrust in the EEC-The first Decade”, en *FLR* 1972, p. 232.

Como el mercado común es ya una realidad completa y reconocida, la defensa de la competencia ha pasado a ser el objetivo prioritario.

**38.** A diferencia del modelo europeo, basado en el control administrativo, el sistema norteamericano se basa en un modelo de tutela judicial, donde los tribunales asumen el papel principal de control y revisión de conductas y acuerdos pudiendo acudir a estos tribunales cualquier persona o empresa que considere que sus derechos han sido infringidos por cualquier otro operador del mercado.<sup>144</sup>

**39.** En algunos Estados miembros de la Unión Europea el concepto de *Schutznormen*, o normas de protección, incluso limitaba de forma expresa la aplicación judicial por la vía civil puesto que se consideraba que el Derecho de la Competencia tenía por objeto proteger al público o *Allgemeinheit* por encima de los intereses particulares por lo que las acciones por daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia no estaban cubiertas por la normativa<sup>145</sup>. En Alemania, por ejemplo, un tribunal podía conceder una indemnización por daños y perjuicios en aquellos casos en los que la infracción iba dirigida contra un operador o tenía un objetivo muy concreto, pero no cuando afectaba a la totalidad del mercado<sup>146</sup>.

El Reglamento nº 1/2003 sienta las bases de la modernización del Derecho de la Competencia Europeo. El objetivo de este Reglamento es descentralizar el sistema regulatorio dentro del marco legal de la competencia europeo. Esto resultaba necesario

---

<sup>144</sup> H. BUXBAUM, R. MICHAELS, "Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law- A US Perspective", en, J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Oxford 2012, pp. 225-244, p. 227.

<sup>145</sup> En España el art. 13 de la anterior Ley de Defensa de la Competencia bloqueaba cualquier acción judicial hasta la resolución administrativa. Véase al respecto: E. RUIZ DE ANGULO GOMEZ, R. BAYO ÁLVAREZ, J. COSTAS COMESAÑA, "Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la Competencia: España" en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 137. F. MARCOS, "Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)" en *GCLR* 2013, pp. 167-208, p. 169.

<sup>146</sup> Véase sobre esta tendencia las distintas sentencias de los tribunales alemanes relacionadas con el cártel de las vitaminas: LG Mannheim, 11 julio 2003, 7 O 326/02 resumida en *GRUR* 2004, 182. LG Mainz, 15 enero 2004, 12 HK O 52/02 resumida en *NJW* RR 2004, p. 478. F. W. BULST, Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite-deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH, 31/2004, en *NJW* 2004, p. 2201.

para redistribuir la carga administrativa provocada por el sistema de notificaciones y excepciones<sup>147</sup>. La reforma ha permitido a la Comisión Europea centrarse en cuestiones de política de mayor calado y en la persecución de las conductas más perjudiciales, en particular los cárteles transnacionales dentro de la UE<sup>148</sup>.

En efecto, el Reglamento nº 1/2003 por sí mismo no puede establecer un sistema efectivo para las acciones de reparación de daños derivados de conductas anticoncurrenciales. Las normas nacionales rigen el procedimiento civil, que en muchas ocasiones, es el que presenta las mayores barreras tal y como describen los distintos documentos comunitarios que tratan estas acciones.<sup>149</sup> Sin perjuicio de esto, los impulsores del Reglamento fueron concisos a la hora de establecer su objetivo de promover la aplicación privada y buscar nuevas reformas procesales necesarias para acercar estas acciones a la vida real<sup>150</sup>. Estas reformas aún no se han acometido en su totalidad, pero serán determinantes para completar proceso de reorientación de la política de competencia europea<sup>151</sup>.

#### **a) El largo camino legislativo**

**40.** Tal y como se ha indicado, los Tribunales europeos han marcado las pautas iniciales reconociendo el derecho de compensación y la aplicación directa. Tras la sentencia *Courage*, la Comisión Europea comenzó a plantear el fomento de la aplicación privada del Derecho de la Competencia. El estudio *Ashurst*, publicado en

---

<sup>147</sup> C. D EHLERMANN, *The modernisation of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution*, 37, *CMLR* 2000, pp. 537,-541.

<sup>148</sup> C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU, *Effective Competition Law annual 2001: effective Private enforcement of EC Antitrust Law*, 2003, pp. 70-73.

<sup>149</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

<sup>150</sup> Sobre el papel de los jueces en el sistema de aplicación descentralizada véase: K. LAENERTS, D. GERARD, "Decentralisation of EC Competition Law Enforcement, Judges in the Frontline", en *WC* 2004, pp. 313-349.

<sup>151</sup> Sobre la política de la Unión Europea en este ámbito véase: J. ALMUNIA, Normas comunes sobre el recurso colectivo en la UE de 15 Octubre 2010, o *Antitrust damages in EU law and policy* de 7.11.2013, disponibles y consultados por última vez el 21.03.2014 en <http://ec.europa.eu/competition/speeches/>



agosto de 2004<sup>152</sup>, contiene una descripción detallada del estado de la aplicación privada en Europa hasta esa fecha, e identifica los principales obstáculos y las posibles vías de solución. Este estudio concluye que la situación es muy dispar en los distintos Estados miembros y que la aplicación privada se encuentra “subdesarrollada”<sup>153</sup>.

41. En base a los resultados del informe *Ashurts*, la Comisión en diciembre de 2005 inició un proceso de consulta pública que concluyó con la publicación del Libro Verde y del Documento de Trabajo sobre reclamaciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia<sup>154</sup>. En estos documentos la Comisión Europea resalta la importancia de la aplicación privada para promover una competencia en el mercado efectiva y real. El Documento de Trabajo se centra en las acciones por daños y perjuicios, analizando los principales obstáculos para estas acciones y las opciones que se podrían emplear para resolverlos. Así, el estudio alcanzó el efecto deseado al generar un intenso debate respecto a la existencia o no de tales obstáculos y respecto al futuro y riesgos de aumentar la aplicación privada del Derecho de la Competencia.

Los resultados de la consulta del Libro Verde suponen la base del Libro Blanco sobre este tipo de acciones publicado en abril de 2008 por la Comisión Europea. Estas propuestas se presentaron junto con un documento de trabajo de la Comisión y un detallado informe sobre el impacto<sup>155</sup>. Estos documentos presentan las medidas que la

---

<sup>152</sup> Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, y el estudio de 2007, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, ambos disponibles en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

<sup>153</sup> En contra del supuesto subdesarrollo véase entre otros B. RODGER y otros, Application of Competition Law in the National Courts, conclusiones disponibles en <http://www.clcpecreu.co.uk/> (consultado por última vez el 20.3.2014).

<sup>154</sup> LIBRO VERDE, Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 19.12.2005, COM (2005) 672 final, en adelante “Libro Verde de daños”

<sup>155</sup> LIBRO BLANCO, Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia de 2.4.2008, COM (2008) 165 final. COM (2008) 165 final y Commission staff working document accompanying document to the White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules - Impact assessment {COM (2008) 165 final, {SEC(2008) 404} {SEC(2008) 406}, SEC/2008/0405 final, en adelante Libro Blanco. J. KLOUB, “White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Plea for a more Holistic Approach to antitrust enforcement”, en *ECJ*, 2009, pp. 515-547.

Comisión Europea proponía para estimular un sistema de aplicación privada equilibrado que complementase el sistema público<sup>156</sup>.

Las propuestas que recoge el Libro Blanco son más conservadoras que las medidas sugeridas en el Libro Verde. A primera vista, este documento decepcionó a los defensores de un sistema de aplicación total, si bien era la consecuencia lógica de las premisas de la Comisión<sup>157</sup>. La Comisión entiende que la aplicación privada supone un complemento a la aplicación pública, por lo que en Europa debe ser evitado un sistema de aplicación total como es el estadounidense en el que la mayoría de los asuntos Antitrust se deciden ante la jurisdicción ordinaria. De esta forma, las propuestas del Libro Blanco se enfrentaron a una menor resistencia por los Estados miembros. Después de este Libro Blanco, en el año 2009, la Comisión preparó un borrador de propuesta de Directiva que finalmente no fue propuesto y acabó siendo retirado<sup>158</sup>. Este borrador ya renunciaba a numerosos aspectos planteados en el Libro Blanco. Tras este replanteamiento, la Comisión ha realizado nuevos estudios sobre la cuantificación de los daños<sup>159</sup>, mientras que el Parlamento Europeo se ha centrado en las acciones colectivas<sup>160</sup>.

**42.** En el otoño del 2010 la Comisión decide volver a abordar la regulación de este tipo de acciones, pero desde una perspectiva más moderada y enfocada hacia las

---

<sup>156</sup> Sobre el equilibrio entre la aplicación pública y privada véase W.P. WILS, “Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe?” en *WC*, 2003, pp. 473-488.

<sup>157</sup> C. HERRERO SUAREZ, “La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo: El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, en *RDCD*, 2008, pp. 103-118.

<sup>158</sup> D P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p. 110.

<sup>159</sup> Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea C (2013/C 167/07), 13.6.2013 disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:ES:PDF> y Guía práctica, Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponible en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf).

<sup>160</sup> Recomendación de la Comisión, de 11 junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados Miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, DOUE L 201 de 26/07/2013, pp. 0060-0065.

acciones colectivas por daños difusos derivados de Derecho Antitrust, protección de consumidores o protección del medioambiente<sup>161</sup>.

**43.** El 11 de junio de 2013, la Comisión presenta una propuesta de Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la Competencia, y los documentos que la acompañan<sup>162</sup>. Esta propuesta ha sido finalmente aprobada por el Parlamento Europeo con modificaciones el 17 de abril de 2014 y por el Consejo el 27 de Noviembre de 2014.<sup>163</sup> En junio de 2013 la Comisión Europea presentó además una recomendación no vinculante sobre acciones colectivas con la que invita a los Estados miembros a crear mecanismos de compensación colectiva para daños difusos generados por la infracción del Derecho de la Unión<sup>164</sup>.

#### **b) La Directiva: ¿El Gran Salto Adelante?**

**44.** La Directiva 2014/14 tiene por objetivo garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los perjudicados en un ilícito Antitrust a la compensación completa aunque

---

<sup>161</sup> J. ALMUNIA, *Normas comunes sobre el recurso colectivo en la UE, 15 Octubre 2010*, o *Antitrust damages in EU law and policy de 7.11.2013*, disponibles y consultados por última vez el 21.03.2014 en <http://ec.europa.eu/competition/speeches>. F. MARCOS, “¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española”, en *Derecho de los Negocios*, n° 267, 2013, *La Ley* 224/2013.

<sup>162</sup> Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea C (2013/C 167/07), 13.6.2013 disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:ES:PDF> y Guía práctica, Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponible en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf).

<sup>163</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

<sup>164</sup> Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados Miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, DOUE L 201 de 26/07/2013, pp. 0060-0065.

se limita a aspectos muy concretos y especialmente controvertidos. Por otra parte, esta norma también busca proteger la aplicación pública del Derecho Antitrust y sus programas de clemencia frente a posibles abusos derivados de la aplicación privada<sup>165</sup>.

Esta Directiva contiene una serie de medidas de carácter material y procesal que implicarán modificaciones en el Derecho Procesal Civil, Derecho Civil y Derecho de la Competencia de los distintos Estados Miembros. Si estas medidas se adoptan por los Estados Miembros en la forma propuesta, el temido *forum shopping* se reduciría, ya que el contexto jurídico se equipararía entre los distintos Estados miembros. Entre las medidas propuestas destacan los siguientes aspectos:

- 1. Acceso al expediente administrativo:** La Norma permite el acceso, bajo tutela judicial, a la información que obra en los expedientes administrativos por parte de una víctima o demandante. Así, el juez que conozca la acción deberá controlar si las pruebas solicitadas son necesarias, su alcance y su proporcionalidad. Los documentos aportados en el marco de una solicitud de clemencia merecen una protección especial, ya que en parte se trata de declaraciones o documentos preparados para la propia solicitud de clemencia.<sup>166</sup> La armonización evita que en unos Estados miembros sea más o menos difícil acceder al expediente que en otros. Puede que un solicitante de clemencia en un procedimiento comunitario haya solicitado también clemencia ante las autoridades nacionales de los distintos mercados afectados por una misma conducta. A día de hoy, esta situación supone que en un Estado miembro se pueda acceder a información que no estaría disponible en otro Estado miembro aumentando la inseguridad jurídica vinculada a la solicitud de clemencia.

---

<sup>165</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

<sup>166</sup> Artículos 5-8 Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

2. **Vinculación a decisiones previas:** Las decisiones de las autoridades de competencia nacionales relativas a infracciones de Derecho de la Competencia Europeo tendrán eficacia probatoria. Aunque este aspecto parezca claro en las distintas jurisdicciones que se han pronunciado al respecto puede haber matices, por lo que cabe esperar que la trasposición de la Directiva eliminará las dudas existentes<sup>167</sup>.
  
3. **Prescripción:** Tal y como se ha indicado con anterioridad los plazos de prescripción y el comienzo de su cómputo varían en la actualidad entre los distintos Estados miembros de forma notoria. La Directiva armoniza esta cuestión y establece un plazo mínimo de cinco años desde que el perjudicado ha tenido conocimiento del daño causado y de la identidad del infractor.<sup>168</sup> El plazo no empezará a contar antes del cese de la conducta. Y cuando las autoridades de la competencia incoen un expediente, el plazo se suspenderá durante un mínimo de un año desde que su decisión sancionadora sea firme.
  
4. **Alcance de la indemnización:** La compensación incluye el daño emergente y el lucro cesante así como los intereses.

---

<sup>167</sup> STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros Ebro*, R 651/2013, FD 3-5 “*El escenario fáctico sobre el que se dictan las resoluciones de una y otra jurisdicción es, en cuanto a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, el mismo, porque en la jurisdicción civil se solicita la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cártel cuya actuación fue el objeto de la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso- administrativa, que enjuició la conducta anticoncurrencial desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador*”. Sobre este problema véase: M. MEYER, „Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand“, en *GRUR* 2006, pp. 27-40.

<sup>168</sup> Art. 10 Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

**5. Defensa Passing on:** La Directiva propone permitir que la empresa infractora pueda defenderse probando que el daño causado por la conducta ilícita ha sido trasladando al siguiente nivel de la cadena. Esta defensa no se podrá invocar de forma generalizada y la carga de la prueba recaerá sobre la empresa que la alegue<sup>169</sup>.

**6. Cálculo del daño:** Los principios de equivalencia y eficacia regirán también la cuantificación de los daños. La carga y nivel de la prueba no podrán dificultar el derecho a indemnización de la víctima. Junto con la Propuesta de Directiva de Junio 2013, la Comisión Europea ha publicado además una comunicación sobre la cuantificación de los daños y una guía no vinculantes para facilitar una interpretación conforme a los principios indicados<sup>170</sup>.

**7. Responsabilidad conjunta y solidaria:** La propuesta más controvertida se refiere a la responsabilidad solidaria. En principio los participantes de un cártel que infrinjan de forma conjunta responden de forma conjunta y solidaria del total del perjuicio causado. Por último, la Directiva contiene una serie de excepciones para empresas pequeñas y medianas cuando cumplan con una serie de requisitos tal y como establece su artículo 11.

### C) Acciones Colectivas

---

<sup>169</sup> Art. 12 Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394..

<sup>170</sup> Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los art.s 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea C (2013/C 167/07), 13.6.2013 disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:ES:PDF> y Guía práctica, Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los art.s 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponible en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf).

**45.** En Junio de 2013 se publicó junto con la propuesta de Directiva una recomendación no vinculante sobre las acciones colectivas, que contiene una serie de propuestas para homogeneizar los sistemas de acciones colectivas existentes e invita a aquellos Estados que se muestren reticentes a adoptar mecanismos de recurso colectivo en caso de infracción del Derecho Comunitario<sup>171</sup>. Esta recomendación se describirá más adelante en el capítulo que aborda las acciones colectivas.

## **9. Relevancia del Derecho Internacional Privado**

**46.** Como hemos visto, las iniciativas europeas que buscan mejorar la aplicación privada fomentando las acciones por daños y perjuicios recorren desde hace más de una década una difícil odisea. A lo largo de este periplo legislativo surgen numerosas cuestiones que afectan al Derecho de la Competencia Europeo, al Derecho Civil y Procesal y también al Derecho Internacional Privado, tanto en la aplicación práctica como en los procesos legislativos iniciados<sup>172</sup>. Las acciones de daños y perjuicios derivadas de los ilícitos Antitrust suelen tener un carácter internacional muy marcado. La apertura de los mercados no sólo conlleva el desarrollo de un comercio transnacional lícito, sino que también implica el aumento de las actividades ilícitas transnacionales como son los cárteles internacionales<sup>173</sup>. Debido a lo anterior, los litigios que nos ocupan, entrañan una gran complejidad técnica puesto que presentan conexiones con multitud de países y suelen tener efectos y consecuencias localizados en varios

---

<sup>171</sup> Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/ 396/ UE).

<sup>172</sup> J. BASEDOW, “Perspektiven des Kartellrechts” en *ZweR* 3/2006, pp. 294-305, p. 294.

<sup>173</sup> Sólo en el año 2012 la Comisión Europea ha sancionado 5 cárteles internacionales que actuaban en la Unión Europea perjudicando al mercado único con importe global de 1.875, 694 millones de Euros que afectan a varios sectores. Véase al respecto: Report from the commission on Competition Policy 2012 {COM (2013) 257 final de 7.5.2013. consultado por última vez el 19.03.2014 [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2012/part2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2012/part2_en.pdf).

estados<sup>174</sup>. Así, el camino de una acción en relación al Derecho Internacional Privado es especialmente sinuoso además de plagado de desvíos o trazados alternativos e incluso atajos para los más aventajados.

47. Aunque en origen los aspectos internacional privatistas de estas acciones no hayan sido objeto de estudios de forma tan exhaustiva como las cuestiones materiales y se hayan excluido de las últimas iniciativas legislativas emprendidas por la Comisión Europea, en la práctica, su relevancia es clave. La jurisprudencia nacional desarrollada en relación las acciones por daños y perjuicios prueba que cuestiones como la Competencia Judicial Internacional o el Derecho Aplicable juegan un papel determinante en este tipo de litigios. Y la doctrina, consciente de este desarrollo jurisprudencial y de la madurez del debate, se ha volcado en los últimos años a tratar este tema<sup>175</sup>. Tanto es así, que la jurisprudencia de diversos tribunales nacionales en relación a las cuestiones de Derecho internacional Privado puede resultar más prolífica que en relación a las cuestiones materiales<sup>176</sup>. Las diferencias y consideraciones prácticas que se describen a continuación reflejan la importancia de los aspectos de esta disciplina que tendrá un papel clave en la estrategia a seguir por las posibles partes del

---

<sup>174</sup> J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 4.

<sup>175</sup> J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 4. M. DANOVI, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011. M. DANOVI, F. BECKER Y P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013. D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Munich, Beck 2011. G. MEESEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011 p.4. D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013.

<sup>176</sup> Sólo en Inglaterra se conocen en estos momentos en relación con cuestiones de competencia judicial internacional en este tipo de casos las siguientes sentencias: UK. C.A. *Roche Products Ltd. & Ors. V. Provimi, Ltd.*, 2003, EWHC 961 (Comm); C.A. UK, *Cooper Tire & Rubber Co & ors. V. Shell Chemicals UK Ltd & Ors*, 2009, EWHC, 2609 (Comm); UK. C.A. *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd. & Ors. Dow Deutschland Inc & ors*, 2010 EWCA Civ 864; UK C.A. *Toshiba Carrier UK Ltd & Ors v KME Yorkshire Ltd & ors*, 2011, EWHC 2665 (Ch); UK. C.A. *Nokia Corporation v AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, EWHC 731; UK. C.A. *KME Yorkshire Ltd. & ors. V Toshiba Carrier UK Ltd & Ors*, 2012, EWCA Civ 1190; UK C.A. *Bord Na Mona Horticulture Ltd, Anor v. British Polythene Industries Plc & ors*, 2012, EWHC 3346 (Comm), UK. C.A. *Deutsche Bahn AG & Ors v Morgan Advanced Materials Plc & ors*, 2013, UK. CAT 18; *Deutsche Bahn AG & Ors. Morgan Advanced Materials, Plc & Ors*, 2013, EWCA Civ 1484; UK C.A. *Ryanair Lt v Esso Italiana*, 2012, EWCH 200 (Comm).



litigio. La doctrina ha identificado una serie de factores que influyen en la elección del foro y que se resumen a continuación<sup>177</sup>.

#### **A) Cuestiones Generales:**

**48.** Uno de los primeros aspectos generales a valorar es la disponibilidad en el foro de jueces y tribunales con la formación y experiencia necesarias, letrados con conocimientos específicos que puedan trabajar en contextos transnacionales, experiencia en la gestión de demandas de gran volumen de implicados y reclamaciones, fomento de los medios alternativos de resolución de conflictos, etc. Una acción de daños y perjuicios por un ilícito Antitrust sólo tendrá sentido cuando el tribunal competente sea capaz de tramitar el litigio de gran complejidad ajeno a posibles influencias externas y dentro de un plazo razonable y estimable.

Debido a las cuestiones específicas, tanto legales como económicas, y a la complejidad que caracterizan a estas acciones, se considera una ventaja que el derecho procesal nacional establezca tribunales especiales y cualificados para este tipo de demandas.<sup>178</sup>

**49.** Los aspectos económicos generales tales como los costes del proceso, letrados y la posibilidad de financiar la acción también juegan un papel importante y en ocasiones afectará a la decisión entre un foro u otro.<sup>179</sup> ¿Es posible buscar financiación en un Estado y demandar en otro? El porcentaje de costes recuperables en caso de tener éxito y la disponibilidad de entidades de financiación o seguros en el foro también afectarán a la decisión del demandante<sup>180</sup>. Las acciones derivadas de ilícitos Antitrust suelen ser complejas, de larga duración y con costes muy elevados. En este sentido, las jurisdicciones más económicas pueden resultar más interesantes frente a aquellos sistemas judiciales con costas y tasas elevadas. Las posibilidades de financiar las

---

<sup>177</sup> P.L. KRAUSKOPF, A. TKACIKOVA, "Competition Law Violations and Private Enforcement: Forum Shopping Strategies", en *GCLR* 2011, p. 26. H. MERCER, "Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions- Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy", en M. DANOV, F. BECKER Y P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 329.

<sup>178</sup> T. SCHREIBER, "Praxisbericht Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche" en *KSzW* 2011, pp. 37-46, p. 40.

acciones también son un aspecto a tener en cuenta. En el Reino Unido, las ventajas que ofrecen las *contingency fees* o la financiación de los costes contrarrestan el elevado coste del litigio y los elevados honorarios de los letrados involucrados<sup>181</sup>.

50. La cobertura mediática y la política pueden sorprender como categoría, pero también afectan al litigio. El seguimiento que la prensa haga a un pleito, y la crisis mediática y social que puede surgir, representan un daño colateral a valorar por los miembros del cártel, ya que aumentan la presión sobre los mismos al afectar a su imagen, su marca y su cuenta de resultados<sup>182</sup>.

## B) Diferencias procesales

51. **Pruebas:** El demandante por lo general lleva la carga de la prueba de la acción en todas las jurisdicciones de la Unión Europea<sup>183</sup>.

Ahora bien, la naturaleza de los propios ilícitos Antitrust provoca una asimetría probatoria destacable, puesto que la mayoría de las pruebas estarán en manos de la empresa demandante o con suerte de una autoridad de competencia nacional o de la Comisión Europea<sup>184</sup>. Por tanto, el actor deberá valorar las pruebas disponibles y cómo

---

<sup>179</sup> Las costas judiciales varían entre los distintos Estados miembros. En Francia y Luxemburgo no hay que pagar ningún tipo de costa judicial mientras que en la mayoría de los Estados miembros las costas dependen del importe del litigio. En España el RD 10/2012 de 21.11.2012 prevé las tasas judiciales.

<sup>180</sup> H. MERCER, “Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions- Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy”, en M. DANOY, F. BECKER Y P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 329.

<sup>181</sup> No es casualidad que despachos americanos como Hausfeld LLP dedicados al Private Antitrust Enforcement hayan establecido su primera filial europea en Londres. Véase al respecto, C. COOK, “Developments in European and UK Cartel Damages Litigation”, en A. FONT I RIBAS, T. GÓMEZ, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 17-28, p. 26.

<sup>182</sup> P.L. KRAUSKOPF, A. TKACIKOVA, *Competition Law Violations and Private Enforcement: Forum Shopping Strategies*, en *GCLR* 2011, p. 26.

<sup>183</sup> Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, consultado por última vez el 21.03.2014, p. 52 en <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

<sup>184</sup> C. HERRERO SUAREZ, “La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo: El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa

obtener las pruebas en manos del contrario o de la administración. En algunos Estados miembros, como es el caso de España, se ha reconocido que la decisión sancionadora previa es vinculante para los tribunales que conozcan una acción civil derivada de la conducta sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>185</sup>. Esta cuestión no es pacífica en otros Estados, en relación a las decisiones de las autoridades nacionales<sup>186</sup>.

De acuerdo con el art. 16.1 del Reglamento 1/2003 las decisiones sancionadoras de la Comisión Europea son vinculantes para los tribunales nacionales<sup>187</sup>. Aunque pueda basarse en la decisión sancionadora de la Comisión Europea o de la Autoridad nacional si se inician acciones legales, se deberá probar la causalidad entre la infracción y el daño sufrido. Precisamente la Directiva de daños prevé en el art. 10 expresamente la vinculación a decisiones sancionadoras previas. No obstante hasta su entrada en vigor, la inseguridad continuará.

**52. Acceso a la información disponible en expedientes sancionadores:** Las versiones no confidenciales de las decisiones sancionadoras de la Comisión Europea suelen publicarse con un importante retraso, además de estar sometidas a estrictas reglas de confidencialidad<sup>188</sup>. Al ser versiones no confidenciales se elimina con anterioridad cualquier información sensible, como son por ejemplo los datos comerciales, ventas y clientes<sup>189</sup>. El actor tiene que solicitar el acceso al expediente de la Comisión Europea y

---

de la competencia”, en *RDCD* 2008, pp. 103-118. J. KLOUB, “White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Plea for a more Holistic Approach to antitrust enforcement”, en *ECJ* 2009, pp. 515-547. J. KORTMANN, C. SWAAK, “THE EC White Paper on Antitrust damage actions: Why member states are (right to be) less than enthusiastic” en *ECLR*, 2009, pp. 340-351.

<sup>185</sup> STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro*, R 651/2013 y STS, 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, R 344/2012.

<sup>186</sup> Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, consultado por última vez el 21.03.2014, p. 52 en

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

<sup>187</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 615.

<sup>188</sup> L. IDOT, “Access to evidences and Files of Competition Authoritie”s, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 257-286. J. MARTIN, “Private Antitrust Litigation in Europe: What Fence is high enough to keep out the litigation cowboy?” en *ECLR* 2007, pp. 2-7.

<sup>189</sup> El asunto Pfleiderer refleja la capital importancia del alcance del acceso al expediente. CDC había solicitado acceder al listado o inventario de pruebas e incluso esta solicitud ha sido denegada y objeto de

en su caso de las autoridades nacionales de la Competencia<sup>190</sup>. Precisamente a nivel nacional comienzan las diferencias. Mientras que en algunos Estados miembros el acceso para los perjudicados se está facilitando, en otros se está dificultando precisamente con el objeto de proteger a las empresas que hayan solicitado clemencia. El TJUE en el asunto *Pfleiderer* se ha pronunciado de forma reservada concluyendo que las condiciones de acceso a la documentación de una autoridad nacional serán fijadas por los propios organismos del Estado miembro y por su normativa nacional<sup>191</sup>. Por ello, las diferencias de un Estado podrán influir en la decisión del perjudicado a la hora de optar por un tribunal u otro. En España, sin ir más lejos, la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia formará una pieza separada con las solicitudes de clemencia y ni siquiera las partes investigadas podrán obtener copia de las declaraciones preparadas por el solicitante de clemencia<sup>192</sup>. El resto de documentos tan sólo son accesibles para una persona interesada previa solicitud justificada y la autorización no podrá alcanzar a la información que se considere confidencial.

Así las cosas, en Alemania el juzgado local de Bonn en el asunto *Pfleiderer* y después de conocer la respuesta del TJUE, valoró los aspectos del caso y acabó denegando el acceso al expediente. En esta misma jurisdicción, una sentencia regional ha permitido a un juzgado de Berlín que está conociendo una acción de daños el acceso a documentación aportada en una solicitud de clemencia que había sido remitida a la fiscalía penal de Hamm para valorar posibles acciones penales<sup>193</sup>. En Austria la normativa negaba el acceso sin el consentimiento de todos los involucrados en el expediente sancionador hasta el que TJUE en la sentencia *Donau Chemie* calificó esta norma como contraria a los Tratados de la Unión<sup>194</sup>. No obstante, en su reciente sentencia *EnBW* concluye que el Reglamento 1049/ 2001 no exige que se otorgue a un

---

un largo procedimiento. Véase al respecto: STJCE, 14 junio 2011, *Pfleiderer*, C360/09, *Rec.* 2011, p. 5161.

<sup>190</sup> El acceso al expediente se puede obtener por distintas vías. Véase al respecto: L. IDOT, “Access to evidences and Files of Competition Authorities”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, 2012, pp. 257-286. J. MARTIN, “Private Antitrust Litigation in Europe: What Fence is high enough to keep out the litigation cowboy?” en *ECLR*, 2007, pp. 2-7.

<sup>191</sup> STJCE, 14 junio 2011, *Pfleiderer*, C 360/09, *Rec.* 2011, p. 5161.

<sup>192</sup> Art. 51 Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

<sup>193</sup> Decisión de la Cámara nº 1 Penal del Tribunal Superior de Hamm de 26 Noviembre 2013 asuntos 1 VAs 116/13 – 120/13 y 122/13.

<sup>194</sup> STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11.

demandante potencial acceso a la totalidad de documentos de un expediente relacionado con la aplicación del art. 101 TFUE<sup>195</sup>. Estos casos muestran que, precisamente en este punto, las diferencias entre las distintas opciones jurisdiccionales son especialmente pronunciadas y esto podrá marcar la estrategia a seguir por el demandante.

**53. Vía Extrajudicial:** Las condiciones extrajudiciales también merecen especial consideración. El Reino Unido, por ejemplo, dispone de normas procesales que fomentan el acuerdo transaccional en cualquier momento del proceso. El código procesal civil permite realizar ofertas transaccionales a ambas partes. Si se acepta una oferta, el proceso se da por finalizado. Si se rechaza una oferta y el Tribunal emite su sentencia con una compensación superior, la oferta no afectará al resultado. Por el contrario, si la compensación que concede el Tribunal es inferior a la ofrecida por la demandada, el demandante tendrá que pagar sus propias costas y las de la demandada desde el momento en el que realizó la oferta. Este mecanismo conocido como *Part 36 offer* se está aplicando de forma conjunta por demandados en casos *follow on* planteados ante las cortes británicas<sup>196</sup>. Por otra parte, la jurisdicción holandesa permite iniciar un mecanismo de conciliación colectiva que podría resultar vinculante para todos los perjudicados, por lo que puede resultar especialmente atractivo para multinacionales que quieran tratar de encontrar una solución global para los daños derivados de su conducta ilícita<sup>197</sup>.

### C) Diferencias materiales

**54. Normas específicas:** El derecho aplicable al fondo también es clave en un contexto transnacional debido a las diferencias existentes entre los distintos sistemas.

---

<sup>195</sup> STJUE, 27 febrero 2014, *EnBW*, C-365/12 P.

<sup>196</sup> C. COOK, “Developments in European and UK Cartel Damages Litigation”, en A. FONT I RIBAS, T. GÓMEZ, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 17-28, p. 26.

<sup>197</sup> H. LITH, *The Dutch Collective Settlements Act and Private International Law*, consultado por última vez el 23.03.2014 en <http://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/internationaal-privaatrechtelijke-aspecten-van-de-wet-collectieve-afhandeling-massaschade-wcam.aspx?cp=44&cs=6796#titel>.

En algunos Estados miembros existen normas específicas que regulan estas acciones, mientras que en otros la acción se regiría por las normas de responsabilidad civil generales a falta de un precepto específico. Así, en el caso alemán existe una norma específica -el párrafo 33 de la Ley de Defensa de la Competencia, GWB-, mientras que por ejemplo en España la acción se basará en el art. 1902 del Código Civil junto con la norma de la Ley de Defensa de la Competencia infringida o los arts. 101 y 102 TFUE<sup>198</sup>.

**55. *Passing on*:** Tampoco es uniforme el tratamiento de la denominada defensa *passing on*. Esta defensa consiste en alegar que el perjudicado ha pasado el sobreprecio cargado por la empresa cartelista al siguiente nivel del mercado o aguas abajo<sup>199</sup>.

Esta situación no es pacífica en Europa. Mientras, en Estados Unidos no se acepta esta defensa, al menos a nivel federal, desde las sentencias *Hanover Shoe* e *Illinois Brick*<sup>200</sup>.

La Directiva acepta esta defensa, aunque la carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá sobre el demandado que podrá exigir, en la medida de lo razonable, la exhibición de pruebas del demandante o terceros<sup>201</sup>.

El Tribunal Supremo alemán, en la sentencia *ORWI*, ha permitido la defensa *passing on* y ha reconocido los derechos de compensación de compradores indirectos que deberán probar la totalidad del daño sufrido<sup>202</sup>. Mientras tanto, el Tribunal Supremo español, en

---

<sup>198</sup> Las recientes sentencias del TS en la reclamación contra el cártel del azúcar ha servido para aclarar las dudas existentes en España respecto a este tipo de acciones. STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro* R 651/2013 y STS, 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, R 344/2012.

<sup>199</sup> L. VELASCO Y C. HERRERO, “La “*passing on* defence” ¿un falso dilema?” en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 563. J. DREXL, „Zur Schadensersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartellrechtsrecht“ en A. HELDRICH, *Festschrift Canaris, 70. Geburtstag*, Vol. I, Munich, Beck 2007, pp. 1339-1365.

<sup>200</sup> US S.C. 392, US 481 (1968)- *Hanover Shoe*; US Supreme Court, 431 US 720 (1977) *Illinois Brick C. Vs. Illinois*.

<sup>201</sup> Arts. 12 y 13 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

<sup>202</sup> BGH, 28 junio 2011, *ORWI*, KZR 75/10, W. KIRCHHOFF, “Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs, Hintergründe und Konsequenzen für die Rechtspraxis“ en *WuW* 2012, pp. 927-935.

los asuntos *Acor* y *Ebro Foods*, concluye que la defensa *passing on* sólo será válida cuando el demandado pruebe el traspaso de todo el daño; es decir, el sobreprecio y el daño provocado haciendo el ejercicio de la defensa especialmente difícil<sup>203</sup>.

**56. Prescripción:** El plazo de prescripción también puede influir a la hora de elegir jurisdicción y el derecho aplicable. Según la jurisprudencia sentada con *Manfredi*, las normas nacionales de prescripción deberán interpretarse según el principio de efectividad y, en su caso, ser corregidas cuando impidan el correcto ejercicio de los derechos concedidos por los arts. 101 y 102 TFUE<sup>204</sup>. Si los plazos de prescripción fuesen demasiado cortos, o no exigiesen el conocimiento de los hechos por parte del perjudicado, estos plazos deberán ser adaptados e interpretados conforme al Derecho Comunitario<sup>205</sup>. Esta circunstancia no es baladí: a día de hoy, la prescripción puede variar dentro de la Unión Europea entre el año y los 30 años, además de las diferentes variables que existen para fijar el momento temporal de inicio de la prescripción<sup>206</sup>.

**57. Transmisibilidad y responsabilidad:** En otro orden, la transmisibilidad de los derechos de compensación y el alcance de la responsabilidad solidaria también pueden diferir de una jurisdicción a otra de una forma tan notable que podrá afectar al proceso de elección o determinación de la ley aplicable al fondo del asunto<sup>207</sup>. Algunas jurisdicciones como la alemana permiten la cesión de las acciones, lo que ha servido por

---

<sup>203</sup> STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro*, R 651/2013 y STS 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, R 344/2012. J. SUDEROW, “Private Enforcement in Spanien: Die Schokoladenhersteller gegen den Zuckerkartell“, en *WuW*, 2014, pp. 142-152.

<sup>204</sup> STJCE, 13 julio 2006, C 295/04 a C 298/04, *Manfredi*, *Rec.* 2004, p. I 6619.

<sup>205</sup> T. SCHREIBER, “Praxisbericht Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche“ en *KSzW* 01.2011, pp. 37-46, p. 44.

<sup>206</sup> Informe que acompaña a la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. COM (2013), 404, final, 2013/0185 (COD). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:ES:PDF>.

<sup>207</sup> Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules consultado por última vez el 21.03.2014 p 77 y ss, en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>, T. SCHREIBER, “Praxisbericht Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche“ en *KSzW* 01.2011, pp. 37-46, p. 44.

ejemplo a *Cartel Damage Claims* o a *Equilib* para adquirir y reclamar los derechos de compensación por la actuación de diversos cárteles comunitarios<sup>208</sup>.

#### **D) Diferencia en el cálculo de los daños**

**58.** Incluso la determinación de la indemnización varía entre los distintos Estados. En efecto, aunque pueda parecer una cuestión meramente fáctica, la realidad es bien distinta ya que la determinación del daño sufrido es especialmente compleja y costosa. El art. 17 de la Directiva 2014/14 se limita a obligar a los Estados miembros faculden a sus tribunales para que puedan estimar el importe de los daños en aquellos casos en los que la cuantificación resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil.<sup>209</sup> También indica que se presumirá que los ilícitos Antitrust causan daños y perjuicios aunque el demandado podrá rebatir esta presunción. Así puede variar entre los Estados miembros la forma de determinar los daños por los tribunales, a pesar de las guías y recomendaciones promulgadas por la Comisión Europea sobre la determinación de los daños<sup>210</sup>.

La indemnización puede limitarse a compensar al perjudicado o sancionar al demandado si contiene elementos punitivos. A falta de normativa comunitaria al respecto esta cuestión se rige por el derecho nacional de cada Estado miembro. Como excepción, Hungría ha establecido por ejemplo una presunción sobre el incremento de precios provocado por un cártel que asciende al 10%, facilitando así el cálculo de importe de la indemnización<sup>211</sup>. Por otra parte, en Gran Bretaña se prevén los daños

---

<sup>208</sup> Precisamente el LG Düsseldorf, está cuestionando este sistema en su primera sentencia en el asunto Cementos: LG Düsseldorf, 17 diciembre 2013, O 200/09. Sobre Equilib véase: <http://www.claims-funding.eu>.

<sup>209</sup> Art. 17 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

<sup>210</sup> Informe Oxera y otros: Quantifying antitrust damages towards non binding guidance for courts”, consultado por última vez el 22.03.2014:

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf)

<sup>211</sup> Art. 88 Ley defensa de la Competencia de Hungría.



punitivos, concepto, ajeno y criticado por numerosas tradiciones del Derecho Delictual del Continente Europeo<sup>212</sup>.

59. En diciembre de 2009, la Comisión Europea consciente de la complejidad de la materia, publicó un estudio sobre la cuantificación de los daños con unas directrices no vinculantes para los Tribunales<sup>213</sup>. El estudio resalta los diversos métodos que pueden ser adoptados por los jueces para cuantificar los daños.

Aunque el TJCE haya dictado en *Manfredi* y *Courage* que los intereses tienen que ser apropiados y compensar el daño sufrido en su totalidad, la situación varía en la práctica entre los distintos Estados miembros<sup>214</sup>. La compensación por los daños sufridos debe incluir intereses de demora. Así, en el caso español del cártel del azúcar contra Ebro Foods los intereses han ascendido a 900.000 euros, prácticamente el 20% del importe reclamado<sup>215</sup>.

En junio de 2013, la Comisión también presentó una comunicación no vinculante con directrices para facilitar el cálculo de los daños, siguiendo la trayectoria iniciada en el año 2009<sup>216</sup>. Al tratarse de una comunicación no vinculante, puede que siga habiendo diferencias sustanciales entre las distintas jurisdicciones.

---

<sup>212</sup> C. COOK, “Developments in European and UK Cartel Damages Litigation”, en A. FONT I RIBAS, T. GÓMEZ, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 17-28, p. 26.

<sup>213</sup> Informe Oxera y otros: Quantifying antitrust damages towards non binding guidance for courts”, consultado por última vez el 22.03.2014:

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf)

<sup>214</sup> STJCE, 26 julio 2006 *Manfredi*, C -295/04, *Rec.* 2006, p. 6619, apdo. 97 y STJCE, 2 agosto 1993, *Marshall*, C 271/91, *Rec.* 1993, p. 4367, apdo. 26. T. SCHREIBER, “Praxisbericht Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche“ en *KSzW* 01.2011, pp. 37-46, p. 44.

<sup>215</sup> STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro*, R 651/2013.

<sup>216</sup> Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los art.s 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea C (2013/C 167/07), 13.6.2013 disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:ES:PDF> y Guía práctica, Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los art.s 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea disponible en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf).

### **E) ¿*Forum Shopping* como consecuencia de la diversidad?**

**60.** Las diferencias materiales y procesales existentes en las distintas jurisdicciones provocan dos consecuencias familiares para el Derecho Internacional Privado:

*Rush to the Courts:* La situación invita a apresurarse a interponer acciones ante los tribunales con el objeto de conseguir el mejor foro posible<sup>217</sup>. Una vez admitida la demanda, el resto de acciones que puedan plantearse y que estén relacionadas con la misma tendrán que someterse a ese mismo foro o tendrán que ser suspendidas a la espera de que recaiga la resolución judicial sobre la demanda inicial. El posible acuerdo extrajudicial se adopta una vez iniciado el procedimiento y no previamente, mermando la eficacia de los tribunales y provocando costes innecesarios a la administración de justicia.

*Forum Shopping:* Esta estrategia consiste en acudir a aquél foro que resulte más favorable, ya sea por motivos procesales o materiales. Esta práctica no tiene porqué ser reprochable pero puede generar abusos o inseguridad jurídica en algunos supuestos.

Los legisladores, conscientes de las diferencias, se han preocupado de evitar que las normas de jurisdicción o derecho aplicable supongan una barrera a la hora de plantear una demanda. No obstante, el aumento de las acciones derivadas de ilícitos Antitrust u otras normas regulatorias en un contexto transnacional muestran que el fenómeno del *Forum Shopping*.

Como resultado de lo anterior se puede concluir que el elenco de herramientas disponibles en cada Estado puede llevar a resultar determinante. Por tanto, la elección del foro será clave y difícil.

---

<sup>217</sup> Sobre los problemas relacionados con el fenómeno *Rush to the courts* en general A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol I., 14ª ed., Granada, Comares 2013, p.262.

Ahora bien, cabe preguntarse si la situación actual y la complejidad de los casos conocidos hasta la fecha suponen realmente una herramienta efectiva de disuasión o *Deterrence* y aumenta la efectividad del Derecho Antitrust.

Así las cosas, entre 2004 y 2012 tan sólo el 25 % de los casos en los que la Comisión Europea ha impuesto una sanción han sido seguidos de una demanda *follow on* planteada por los perjudicados de los cártel es sancionados. La mayoría de estas acciones se han iniciado en el Reino Unido, país seguido de Alemania y Holanda. En el resto de Estados miembros se han planteado menos acciones. La situación anterior se puede deber a que la normativa interna de estos Estados miembros resulta más ventajosa que la de otros Estados o a los factores antes descritos<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> A. ITALIENER, *Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions* consultado por última vez el 2.2.2014 en [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013\\_06\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf). F. CANTOS, "La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita", en *GJUEC*, 36, La Ley, 871/81/2013, p. 2.

## II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: ¿A quién acudir?

### 1. Cuestiones previas

61. Como se ha indicado en los capítulos previos, los Estados miembros tienen que tener mecanismos materiales y procesales efectivos que permitan a las víctimas el ejercicio de sus derechos de un ilícito Antitrust<sup>219</sup>. Para ello y en primer lugar para que la acción pueda ejercitarse de forma efectiva habrá que conocer a qué tribunales se puede dirigir la víctima para reclamar compensación por el daño sufrido.

A falta de normas específicas aplicables a las acciones derivadas de ilícitos Antitrust, el principal instrumento para la determinación de la competencia judicial internacional en Europa en litigios de carácter transfronterizo es el R. 1215/2012<sup>220</sup>.

Este instrumento nace como revisión del R. 44/2001 que sustituyó con carácter de reglamento del Convenio de Bruselas sobre la Competencia Internacional y el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Asuntos Civiles y Mercantiles de 1968<sup>221</sup>. Debido a que no contiene normas específicas para las acciones por ilícitos Antitrust habrá que encuadrar estas acciones dentro de las distintas opciones generales que ofrece el Reglamento. Las acciones de reclamación de daños y perjuicios como consecuencia de un ilícito Antitrust que puedan plantearse entre particulares tienen un carácter meramente privado o civil<sup>222</sup> ya que se trata de un litigio entre personas físicas o empresas, distinto de cualquier procedimiento sancionador administrativo. Así, las

---

<sup>219</sup> STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297 y STJCE, 13 julio 2006, C 295-298/04, *Manfredi*, *Rec.* 2006, I-6619.

<sup>220</sup> Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE 351, de 20 de diciembre de 2012. Sobre el Reglamento en general: A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol 114ª ed., Granada, Comares 2013, p. 163 y ss.

<sup>221</sup> El Convenio de Bruselas era un Tratado Internacional celebrado en base al art. 293 del Tratado. La Convención de Lugano es un Tratado paralelo negociado por los Estados miembros de la Comunidad Europea y los miembros de la Asociación de Libre Comercio Europea.

<sup>222</sup> STJUE, 23 Octubre 2014, *AS FlyLAL*, C302/13, apdps. 26-28. D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, p. 5.

acciones se plantearán normalmente por empresas o personas físicas contra aquellos actores del mercado que sean distintos de la Administración pública.

Como veremos, el Reglamento establece un sistema de jerarquía cuyo foro principal es el domicilio del demandado seguido de una serie de foros exclusivos, y especiales como el del hecho dañoso, los foros de sumisión expresa o tácita y el foro especial para contratos con consumidores<sup>223</sup>.

Teniendo en cuenta el carácter internacional de numerosos litigios relacionados con el Derecho Antitrust, la idoneidad del R. 1215/2012 para este tipo de acciones se ha convertido en una pregunta clave e intensamente debatida por la doctrina internacional y diversos tribunales nacionales como veremos a lo largo de las siguientes páginas<sup>224</sup>.

## **2. Foro general: El domicilio del demandado**

**62.** Con el objeto de garantizar un alto grado de previsibilidad las normas de competencia judicial internacional europeas se basan en el principio *actor sequitur forum rei*, por lo que las demandas en general se podrán presentar ante el tribunal del domicilio del demandado de acuerdo con el art. 4.1 R. 1215/2012<sup>225</sup>.

Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro no entrará dentro del ámbito de aplicación del R. 1215/2012, según lo establecido en su art. 6 R.

---

<sup>223</sup> A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed, Granada, Comares 2013, p. 196.

<sup>224</sup> M. WELLER, “*Danov, Mihail: Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*”, en *RebelsZ*, 2013, p. 419. D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, p. 5. J. BASEDOW, “Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren“, en C. BAUDENBACHER, (Coord.), *Neueste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht- Zwölftes Internationales Kartellrechtforum 2005*, Basilea, German Law Publishers, 2006.

<sup>225</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed, Granada, Comares 2013, p. 238.

1215/2012<sup>226</sup>. Se trata de una conexión europea que busca limitar la falta de previsibilidad para aquellas partes que estén domiciliadas en terceros estados.

**63.** En principio y a no ser que exista un foro exclusivo, la víctima de un ilícito Antitrust, podría reclamar el resarcimiento de los daños sufridos ante los tribunales del domicilio del supuesto infractor si este se encuentra dentro de la UE. Este foro puede presentar ciertas ventajas frente a las otras opciones del R. 1215/2012, puesto que se trata de un foro previsible y en principio de fácil determinación<sup>227</sup>. Por otra parte, en este caso y como veremos más adelante, el demandante podrá consolidar en un Estado miembro una demanda relativa a los daños y perjuicios sufridos en varios Estados miembros por una conducta repartida entre varios territorios.

**64.** El órgano judicial concreto se determinará según el derecho procesal del país ante el que se plantee la demanda siguiendo el principio de *lex fori riget processum* ya que el foro del art. 4.1 R. 1215/2012 es una norma de competencia judicial internacional en sentido estricto al determinar la jurisdicción competente y no el órgano competente<sup>228</sup>.

#### **A) Domicilio: personas físicas**

**65.** En principio, las demandas afectan principalmente a empresas aunque también se están planteando acciones contra los administradores de las empresas que

---

<sup>226</sup> A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 195.

<sup>227</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 238.

<sup>228</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del derecho antitrust”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 638.

hayan participado en un cártel<sup>229</sup>. Si el procedimiento se inicia en el país de residencia del demandado el tribunal aplicará la ley interna para determinar el domicilio del demandado.

## **B) Domicilio: personas jurídicas**

66. El domicilio de una empresa demandada se determina conforme a lo dispuesto en el art. 63 R. 1215/2012:

*Una persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; c) su centro de actividad principal. Para Irlanda, Chipre y el Reino Unido, la expresión “sede estatutaria” se equipará al registered office y, en caso de que en ningún lugar exista una registered office al place of incorporation (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la formation (creación) de la sociedad o persona jurídica.*

Gracias a este mecanismo se superan los problemas causados por el Convenio de Bruselas. El Convenio determinaba el domicilio según las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros y esto podía variar de Estado a Estado. Ahora, el Reglamento establece un concepto autónomo y propio que se aplicará tan sólo dentro del ámbito del Reglamento en sí. De esta forma se solucionan los conflictos de sistemas en los que dependiendo del tribunal competente una sociedad podía estar domiciliada en un lugar u otro.

---

<sup>229</sup> OHG, 14 febrero 2012, *Aufzüge*, 5 Ob 39/11p. G. KOUTSOUKOU, P. PAVLOVA, “Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Kartellrechts“, en *WUW* 2014, pp. 153-163.

67. La doctrina societaria del levantamiento del velo no puede ser aplicada puesto que el art. 4 R. 1215/2012 trata a cada demandado de forma individual. Así, demandas dirigidas contra una sociedad matriz que ostente el 100% del capital de su filial con domicilio en otro Estado y en relación a conductas de la filial deberán conocerse ante los tribunales del domicilio de la filial en relación a las conductas que a ella se le atribuyan<sup>230</sup>. En aquellos casos en los que la sede estatutaria, administración central y centro de actividad central se encuentren en un mismo Estado miembro tan sólo tendremos un domicilio que servirá para determinar la jurisdicción de los Tribunales. Ahora bien, las estructuras empresariales se vuelven cada vez más complejas por lo que los demandantes podrán en muchas ocasiones optar entre varios foros a la hora de interponer la demanda en base al art. 4 R. 1215/2012<sup>231</sup>. Sirva como ejemplo el asunto *Provimi* en el que los demandantes aprovecharon el domicilio de las filiales inglesas de las demandadas para anclar el procedimiento en el Reino Unido en base a los arts.4.1 y 8.1 R 1215/2012 y arrastrar a empresas que no habían actuado en el mercado inglés.<sup>232</sup> El Juez empleó el término del Derecho Antitrust “*Undertaking*” para considerar a una empresa matriz y a su filial como una única entidad económica con domicilio en el Reino Unido<sup>233</sup>.

Además, en caso de que se cumplan los requisitos aplicables a un foro especial como por ejemplo el foro aplicable a cuestiones delictuales o cuasi delictuales recogido en el art. 7.2 R. 1215/2012 que será uno de los foros más habituales en las demandas por infracciones del Derecho Antitrust, el demandante podrá optar entre ambos foros por ser estos concurrentes<sup>234</sup>.

---

<sup>230</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del derecho Antitrust”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 640. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 143. SAP Madrid 27 junio 2003.

<sup>231</sup> R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por daños derivados de infracciones del derecho de la Competencia”, en *RDCD*, nº 4 2009, pp 137-165, p. 155. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed., Vol. I, Granada, Comares 2013, p. 147.

<sup>232</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 95. UK, H.C, *Provimi Ltd. V Roche Products* (2003) EWHC 961, Comm, 2003 2 All ER (Comm) 683, 30.

<sup>233</sup> F. W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

<sup>234</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 639.



### 3. El foro acordado entre las partes

**68.** Tal y como se ha indicado el R. 1215/2012 establece una jerarquía de foros, general, exclusivos y especiales. El foro acordado entre las partes pertenece a la categoría de los foros exclusivos que de existir anula otros posibles foros<sup>235</sup>.

Entre los foros exclusivos que pudiesen ser aplicables a las acciones de daños y perjuicios por ilícitos Antitrust destaca el foro acordado por las partes. El acuerdo de sumisión a un tribunal concreto es un pacto entre las partes de una relación jurídica por el que éstas designan el tribunal que deberá conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones que las partes hayan asumido<sup>236</sup>. Se puede realizar mediante acuerdo expreso, art. 25 R. 1215/2012 o mediante acuerdo tácito, art. 26 R. 1215/2012. El pacto debe reflejar la voluntad de las partes de que la disputa sea decidida por un tribunal concreto y una de las partes deberá estar domiciliada en un Estado miembro<sup>237</sup>. Este pacto podrá referirse a litigios que ya hubieren surgido o a disputas que puedan surgir en el futuro y que tengan su origen en una determinada relación jurídica, por ejemplo un contrato concreto. Esta cláusula puede ser interpretada para delimitar las disputas que deba incluir y las que no<sup>238</sup>.

**69.** Para poder acudir a la jurisdicción exclusiva del art. 25 R. 1215/2012, la parte interesada deberá probar que el pacto de sumisión es válido y que incluye posibles disputas por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las normas Antitrust. El cumplimiento de estos requisitos será analizado por los tribunales ante los que se haya presentado la demanda y que deban decidir sobre su competencia para conocer del

---

<sup>235</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 221.

<sup>236</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 223.

<sup>237</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 223. STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, Rec. 1992, p. 1745.

<sup>238</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 226. D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013.

asunto. En primer lugar, las partes deberán haber escogido un tribunal de un Estado miembro, la disputa derivará de una relación jurídica concreta, y por último el acuerdo deberá respetar los requisitos formales recogidos en el R. 1215/2012<sup>239</sup>.

En este sentido debemos recordar que la indemnización por los daños causados por un ilícito Antitrust es una obligación de Derecho civil no es un derecho indisponible por lo que el R. 1215/2012 no excluye la posibilidad de que ambas partes atribuyan la competencia a un tribunal concreto.<sup>240</sup>

### A) Nulidad del pacto

70. Muchos pactos de sumisión se redactan de forma genérica y se refieren a cualquier demanda relacionada con el objeto de un contrato y las obligaciones recogidas en el mismo. En este sentido se plantea si la nulidad del contrato principal por ser contrario al Derecho Antitrust también anula el pacto de sumisión expresa. ¿Suponiendo que un contrato sea nulo por incumplir las normas Antitrust, puede la parte que exige la declaración de nulidad, demandar ante el tribunal nominado por el pacto de sumisión?

Así, el hecho de que el art. 1.2 (e) R. Roma I relativo a la Ley aplicable a las obligaciones contractuales establezca de forma explícita que los acuerdos de jurisdicción están excluidos de su ámbito de aplicación nos lleva a pensar que este tipo de acuerdos merecen un tratamiento especial y que se diferencian del resto de acuerdos contractuales<sup>241</sup>. La propia naturaleza del pacto confirma esta necesidad<sup>242</sup>. El pacto de sumisión establece el tribunal competente y elegido por las partes en caso de disputa entre las mismas, mientras que el resto de acuerdos contractuales se refieren a las

---

<sup>239</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Edward Elgar 2011, p. 65. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 219.

<sup>240</sup> Conclusiones A. G. Jääskinen, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104.

<sup>241</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Edward Elgar 2011, p. 63.

<sup>242</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 232. STJCE, 3 julio 1997, *Benincasa*, C 269/95, *Rec.* 1997, p. 3767.

distintas obligaciones de las partes entre sí<sup>243</sup>. El TJUE también se decanta por la separación de este tipo de acuerdos del resto del contrato por tener carácter procesal debiendo regularse su interpretación de forma independiente por el art. 25 R. 1215/2012<sup>244</sup>. Es más, la nulidad de las obligaciones de un contrato no implica que las obligaciones procesales asumidas por las partes también deban de ser consideradas nulas. Así, el respetar el acuerdo procesal y una aplicación uniforme de la norma también mejora la seguridad jurídica puesto que las partes sabrán ante qué tribunales pueden ser demandadas. Por tanto, aunque el contrato principal se considere nulo por ser contrario al derecho de la competencia, la demanda en la que se reclame la nulidad del contrato se podrá presentar ante el foro establecido en el propio contrato<sup>245</sup>.

## **B) Conexión a una determinada relación jurídica**

71. Para que el acuerdo sea válido debe referirse a litigios relacionados con una determinada relación jurídica<sup>246</sup>. La sumisión con carácter general sobre toda disputa que pueda surgir entre las partes con independencia de la naturaleza de la relación jurídica y su posible nulidad no es posible<sup>247</sup>. En efecto, cabe preguntarse en el caso de demandas de compradores directos en base a un contrato que contenga una cláusula de sumisión si ésta puede abarcar supuestos tales como una reclamación por los perjuicios causados por precios excesivos, ya que el precio será en principio el acordado por las partes<sup>248</sup>.

En efecto, la cuestión realmente interesante en torno a las acciones nacidas de un ilícito Antitrust es si realmente están “en conexión a una relación jurídica concreta” en el sentido exigido por el art. 25 R. 1215/2012. Para ello el tribunal deberá determinar en

---

<sup>243</sup> J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law” en J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition*, La Haya, Kluwer 2008, pp. 229-254.

<sup>244</sup> STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, *Rec.* 1992 p. 1745, apdo. 14. STJCE, 3 julio 1997, *Benincasa*, C 269/95, *Rec.* 1997, p. 3767, apdo. 73.

<sup>245</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 226.

<sup>246</sup> STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, *Rec.* 1992 p. 1745, apdo. 14.

<sup>247</sup> STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, *Rec.* 1992, p. 1745, apdo. 14.

<sup>248</sup> D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 133. UK, H.C. *Bord Na Mona vs. BPI*, 2012 EWHC 3346.

primer lugar qué ley gobierna el pacto de sumisión y en un segundo paso, si éste incluye la demanda planteada dentro del mismo. No olvidemos, que el cumplimiento del derecho Antitrust no es una obligación contractual en sí, sino más bien una obligación legal con independencia de la relación jurídica que una a las partes<sup>249</sup>. Además, en el momento de celebración del contrato y por tanto del pacto de sumisión, la voluntad de las partes era regular la competencia por disputas relacionadas con el contrato en sí.

72. En este sentido merece una especial atención los litigios surgidos en el Reino Unido contra el cártel de las vitaminas descrito con anterioridad. Parte de los perjudicados por dicho cártel decidieron demandar a las empresas cartelistas ante los tribunales del Reino Unido y Alemania. Las demandadas con domicilio en Europa y en parte en el Reino Unido alegaron que los jueces no podían declararse competentes debido a la existencia de cláusulas de sumisión para cualquier disputa relacionada con los contratos de compraventa de vitaminas<sup>250</sup>.

En este asunto conocido como *Provimi*, debido a la pluralidad de pactos y partes, el juez inglés tuvo que aplicar la leyes de Suiza, Alemania y Francia para concluir que algunos de los pactos de sumisión a pesar de su amplia y genérica redacción no abarcaban acciones de daños y perjuicios por ilícitos Antitrust puesto que éstas se debían a un cártel ilegal más que a la relación contractual que había unido a demandantes y demandados. La sentencia concluyó que los demandantes en el momento de celebrar el contrato no conocían ni la existencia de un cártel de fijación de precios ilegal ni que iban a pagar un precio excesivo como consecuencia del propio cártel por los productos objeto del contrato<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> J. BASEDOW, "Jurisdiction and Choice of Law" en J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition*, La Haya, Kluwer 2008, p. 229-254. D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 133.

<sup>250</sup> F. W. BULST, "Private Kartellrechtdurchsetzung durch die Marktgegenseite-deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH, 31/2004" en *NJW* 2004, p 2201. F. W. BULST, "The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe" en *EBOR* 4 2003, pp. 623-650.

<sup>251</sup> C. RYNGAERT, *Foreign to Foreign Claims in Antitrust Matters: The U.S. Supreme Court's Decision (2004) v. The English High Court's Decisions (2003) in the Vitamins Case*, K.U. Leuven, 2006 consultado por última vez el 21.3.2014 en <http://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP58e.pdf>.

En concreto y como ejemplo, durante cierto tiempo la relación contractual entre *Trouw* Alemania y *Roche* Alemania estuvo sujeta a la siguiente cláusula de elección de foro que *Roche* Alemania había incluido en sus condiciones generales:

*The place of jurisdiction of all disputes arising out the legal relationship between us and the buyer is the Local Court of Lörrach and the District Court of Freiburg.*

La *High Court* consideró que esta cláusula no incluía el tipo de litigio en cuestión por lo que negó jurisdicción en base al art. 25 R. 1215/2012. Para ello se basó en lo siguiente: Los tribunales mencionados en la cláusula no son competentes para asuntos relativos al Derecho de la Competencia. La cláusula se refiere a los juzgados locales más cercanos al domicilio social de *Roche* Alemania. Los procedimientos civiles en Alemania por demandas inferiores a 5.000 Euros son competencia de los juzgados locales o *Amtsgerichte* mientras que los *Landgerichte* o Juzgados provinciales tratan demandas que superen estos importes. Los asuntos Antitrust son competencia de los tribunales provinciales designados a tal efecto y ninguno de los tribunales mencionados en la cláusula había sido designado para conocer asuntos Antitrust<sup>252</sup>. El hecho de que las partes no hubiesen incluido en la cláusula un tribunal competente en asuntos Antitrust sirvió a la *High Court* para concluir que las partes no querían que la cláusula alcanzase este tipo de disputas<sup>253</sup>.

Asimismo, la *High Court* concluyó que los tribunales alemanes no acostumbraban a extender el ámbito de cláusulas de elección de foro a casos con fraude o delictuales basándose en dos sentencias, una del *Oberlandesgericht* Hamburgo y otra del *Oberlandesgericht* de Stuttgart, en las que los tribunales concluían que no era intención de las partes incluir demandas basadas en fraude o engaño contractual cuando se referían a “todas las disputas en base a este contrato”<sup>254</sup>. Según la *High Court* los tribunales alemanes exigen una indicación clara y sin ambigüedades para incluir

---

<sup>252</sup> UK H.C. 6 mayo 2003 *Provimi* 2003 EWHC 961, aptdo. 38.

<sup>253</sup> F. W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, en *EBOR* 4, 2003, pp 623-650.

<sup>254</sup> OLG Hamburg, 12 febrero 1981, en RIW (1982), p. 669 y OLG Stuttgart, 14 Diciembre 1973, BB (1974), p. 1270.

demandas delictuales dentro del ámbito de aplicación de una cláusula de elección de foro<sup>255</sup>.

Por último, la *High Court* se remitió a la sentencia del TJCE *Powell Duffryn* que establece que la cuestión relevante que debe ser contestada por el tribunal nacional es si la disputa sobre la relación legal es la misma que unía a las partes cuando se tomó el acuerdo de jurisdicción<sup>256</sup>. Así la *High Court* concluye que el ámbito de la cláusula era demasiado estrecho como para incluir una infracción del art. 101 TFUE.

En otros casos, las demandas por ilícitos Antitrust sí podrían estar dentro del alcance de un pacto de sumisión. La *Court of Appeal* consideraba que una cláusula redactada de forma amplia no sólo abarca reclamaciones contractuales sino también las extracontractuales o delictuales si éstas están relacionadas con las contractuales<sup>257</sup>. Por tanto, las reclamaciones contra una empresa cartelista por subidas de precios ilícitas sí podrían plantearse ante el foro al que se hayan sometido la empresa y su cliente en un contrato de compraventa del producto cartelizado<sup>258</sup>. En el reciente asunto *Ryanair* la *Court of Appeal* ha rechazado que haya una relación estrecha entre el precio cartelizado y la cláusula de sumisión a los tribunales ingleses a pesar de que el contrato incluía una cláusula de adaptación de precios<sup>259</sup>. El tribunal considera que resultaría sorprendente para un “*reasonable businessman*” incluir una demanda basada en incumplimiento de la normativa Antitrust en un contrato de compraventa de combustible aunque este contrato contenga una cláusula de adaptación de precios y dos procedimientos separados puedan convertirse en una pesadilla probatoria o “*forensic nightmare*”<sup>260</sup>.

Tal y como resalta VAQUERO esta interpretación tendrá que ser objeto de revisión ya que no se pueden considerar extracontractuales todas las obligaciones de indemnización

---

<sup>255</sup> UK H.C., 6 mayo 2003, *Provimi* 2003 EWHC 961 aptdo. 38.

<sup>256</sup> STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, *Rec.* 1992, p. 1745. E. GOTTSCHALK, S. BRESSLER, “Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht” en *ZeUP* 2007, pp. 56-80.

<sup>257</sup> UK, C.A., 1 enero 1995, *Kitetecnology v Unicor*, 1992, ILPr 568. (CA). U.K. C.A. 21 enero 1995, *Angelic Grace*, 2995.

<sup>258</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Edward Elgar 2011, p. 22.

<sup>259</sup> UK, C.A., 19 noviembre 2013, *Ryanair Esso Italiana Srl*, WC2A2LL.

<sup>260</sup> UK, C.A., 19 noviembre 2013, *Ryanair Esso Italiana Srl*, WC2A2LL.

derivadas de un ilícito Antitrust.<sup>261</sup> El Abogado General JÄÄSKINEN en el asunto *CDC*, o *Bleichmittel* recuerda que en cualquier caso habrá que analizar el contrato y la cláusula de atribución de competencia cumpliendo con el requisito de un consentimiento claro y no viciado. El objetivo de este requisito es evitar que una parte contratante resulte sorprendida por la atribución a un foro de todas las controversias que puedan darse en las relaciones que mantenga con la otra parte del contrato. Es cierto que las supuestas víctimas difícilmente conocerán la existencia del ilícito en el momento de pactar la cláusula de atribución. No obstante si se puede admitir que la víctima se adhiera a un pacto de atribución de competencia después de conocer de la existencia del ilícito Antitrust.<sup>262</sup>

73. Una interpretación amplia puede incluso ser beneficiosa para el demandado puesto que podría evitar que sus compradores directos se unan por ejemplo a demandas colectivas iniciadas en Estados miembros distintos del establecido en el pacto de sumisión. No obstante, no olvidemos que la sumisión con carácter general sobre toda disputa que pueda surgir entre las partes con independencia de la naturaleza de la relación jurídica de que se trate es nula<sup>263</sup>.

Al ser un foro exclusivo prevalece sobre los otros foros establecidos por el Reglamento a excepción de la jurisdicción que regula el art. 25 o de un pacto de sumisión tácita según el art. 25 R. 1215/2012. Sin perjuicio de lo anterior, la reciente jurisprudencia en Europa tiende a considerar que las acciones por daños y perjuicios tendrán en la mayoría de los casos carácter extracontractual por lo que en la práctica el foro de sumisión expresa tan sólo resultaría relevante para las acciones de nulidad o a las acciones por abuso de posición dominante independientes<sup>264</sup>.

---

<sup>261</sup> C. VAQUERO LOPEZ, “Acuerdos horizontales: Cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos, y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Valladolid, Lex Nova, 2014, pp. 309-326, p. 319.

<sup>262</sup> Conclusiones A. G. Jääskinen, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 110.

<sup>263</sup> STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, Rec. 1992, p. 1745.

<sup>264</sup> Entre otros: Corte de distrito de la Haya, C 09/414499/HAZA 12-293, LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O Kart 23/09, publicada en WUW 09/2013 p. 872 y ss. OHG, Austria, 14 febrero 2012, *Aufzüge*, 5 Ob 39/11p en WuW 7.12.2012, pp. 1251-1260, STS, 8 junio 2012, *ACOR*, 344/2012.

### **C) Sumisión a favor de un arbitraje o de tribunales de terceros Estados**

74. Si las partes han decidido someterse en favor de árbitros o tribunales de terceros estados, su voluntad deberá ser respetada por lo que la competencia que determine el R. 1215/2012 carecerá de relevancia. Esta teoría es seguida por la mayoría de la doctrina y aplicada de forma indirecta por el TJCE en el asunto *Coreck*<sup>265</sup>. Ahora bien, esta sumisión es válida cuando garantice que el litigio va poder desarrollarse ante los tribunales o árbitros designados.

El LG Dortmund en el asunto *Bleichmittel* ha preguntado ante el TJCE si un pacto de sumisión incluido en un acuerdo de suministro no debe de tenerse en cuenta al limitar los foros del art. 4 y 8.1 R. 1215/2012 entorpeciendo así la eficacia del Derecho Antitrust Comunitario que exige la aplicación efectiva del art. 101.1 TFUE<sup>266</sup>.

Según TZAKAS, si el acuerdo de sumisión incluye acciones de compensación por ilícitos Antitrust y sirve para bloquear la aplicación del Derecho de la Competencia Comunitario habrá que negar su legalidad<sup>267</sup>. Por el contrario, JÄÄSKINEN sostiene que el principio de confianza recíproca implica que no se pueda invocar el orden público para bloquear los tribunales de otro Estado miembro. En cuanto a aquellas cláusulas que remiten a terceros Estados o Arbitrajes el problema es más complejo ya que la aplicación del Derecho Nacional para determinar si la cláusula es válida o no deberá ser conforme al Derecho primario de la Unión respetando en concreto el art. 101 TFUE. Así el efecto útil de la prohibición del art. 101 TFUE se vería menoscabado si no se permitiera a cualquier persona exigir la indemnización por los perjuicios sufridos como

---

<sup>265</sup> STJCE, 9 noviembre 2000, *Coreck*, C 387/98, *Rec.* 2000 9337. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 268.

<sup>266</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, 13 O Kart 23/09, *Bleichmittel*, publicada en *WUW* 09/2013 p. 872 y ss.

<sup>267</sup> D.P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 133.



consecuencia de un ilícito Antitrust. Así en relación a las obligaciones derivadas de acuerdos horizontales parece difícil admitir la exclusión de las vías normales de protección judicial salvo que las supuestas víctimas hayan dado su consentimiento expreso y a condición de que los tribunales o las instancias arbitrales estén obligadas a aplicar el Derecho Antitrust Europeo como normas de orden público.<sup>268</sup>

Ahora bien como recuerda VAQUERO el Derecho Antitrust Europeo pueden verse rebajadas al rango de normas imperativas extranjeras perdiendo su efectividad.<sup>269</sup> Por ello se debe de plantear ampliar las disposiciones del R 1215/2012 en materia de responsabilidad extracontractual cuando el ilícito Antitrust cometido por una empresa domiciliada fuera de la Unión Europea tenga efectos en el Mercado Interior.<sup>270</sup> De esta forma la aplicación privada del Derecho Antitrust tendría el mismo alcance territorial que la pública.

#### 4. Sumisión tácita

75. El art. 26 R. 1215/2012 establece que en el momento que el demandado comparece sin declinar la competencia, el tribunal deberá declararse competente puesto que el demandado acepta tácitamente a dicho tribunal. Si el demandado por el contrario declinase la competencia y aunque se pronuncie subsidiariamente sobre el fondo del asunto no habrá una prórroga tácita<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> Conclusiones A. G. Jääskinen, 11 Diciembre 2014, *CDCEvonic*, C352/13, apdo. 126

<sup>269</sup> C. VAQUERO LOPEZ, “Acuerdos horizontales: Cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos, y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Valladolid, Lex Nova, 2014, pp. 309-326, p. 324.

<sup>270</sup> C. VAQUERO LOPEZ, “Acuerdos horizontales: Cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos, y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Valladolid, Lex Nova, 2014, pp. 309-326, p. 324-235.

<sup>271</sup> STJCE, 24 junio 1981, *Elefant Schuh*, C 150/80, *Rec.* 1981, pp. 1671-1700, STJCE, 22 octubre 1981, *Rohr*, C 27/81, *Rec.* 1981, pp. 2431-2444. STJCE, 7 marzo 1985, *Spizley*, C 48/84, *Rec.* 1985, pp. 787-800. E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia Judicial Internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011. p. 637. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 235. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, Art. 24 Brussels I, en U. MAGNUS, P.

El foro de sumisión expresa cede ante el foro de sumisión tácita ya que el acuerdo tácito realizado con posterioridad al pacto de sumisión expresa prevalece siempre que ambos acuerdos se refieran al mismo asunto<sup>272</sup>.

## **5. Obligaciones contractuales**

### **A) Demandas relacionadas con contratos**

76. Existen diversas situaciones en las que se plantearán litigios basados en contratos y en el Derecho Antitrust. En primer lugar, como en el asunto *Courage*, un demandado podrá defenderse de una acción contractual alegando que el contrato es contrario al Derecho Antitrust<sup>273</sup>. En este caso, el problema de competencia internacional surge con anterioridad a la propia acción de nulidad.

La segunda situación se plantea cuando la acción por un ilícito Antitrust es la acción principal por ejemplo cuando un demandante reclama la nulidad de un contrato por ser contrario al Derecho Antitrust. Aunque la nulidad sea absoluta tal y como establece el art. 101.2 TFUE, el demandante puede que vaya un paso más allá y reclame también daños y perjuicios en situaciones similares al caso *Courage*. Por otra parte, se pueden dar litigios relacionados con la ejecución de acuerdos de *Joint Venture*, de distribución que se vean afectados por los reglamentos de excepciones verticales<sup>274</sup>. Si el demandado presenta una demanda reconvencional reclamando daños y perjuicios por nulidad del contrato sí puede plantearse un problema de competencia judicial internacional en tanto en cuanto será necesario aclarar si el tribunal de la demanda principal puede también

---

MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, Munich, Sellier 2007, pp. 446- 448.

<sup>272</sup> STJCE, 24 junio 1981, *Elefant Schuh*, C 150/80, *Rec.* 1981, pp. 1671-1700.

<sup>273</sup> M. FALLON, S. FRANCO, "Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.70.

<sup>274</sup> M. FALLON, S. FRANCO, "Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.70.

conocer de la demanda reconvencional y si existiesen más demandas por daños y perjuicios ante otras jurisdicciones<sup>275</sup>.

77. Estas demandas deberán ser tratadas igual que el resto de demandas basadas en contratos. La norma más importante al respecto es el art. 7.1 R. 1215/2012 que establece que:

*Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1 a) en materia contractual ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda....*

Esta disposición pivota sobre una conexión estrecha entre el litigio y el tribunal que deba conocer de la misma<sup>276</sup>. El art. 7.1 R. 1215/2012 define de forma más concreta la norma en relación a contratos de compraventa de bienes y de servicios adoptando la teoría de la “Obligación característica”. El TJCE ha establecido que con esta norma se rompe con la solución anterior según la cual el lugar de cumplimiento se fijaba para cada obligación según las normas de Derecho Internacional Privado de cada tribunal. Al designar de forma autónoma el lugar de cumplimiento se debe fijar en base a la obligación que caracteriza al contrato centralizando en este lugar las disputas en torno a las obligaciones contractuales para que así haya un sólo tribunal para todas las demandas que pudiesen surgir de un contrato<sup>277</sup>.

Ahora bien el art. 7.1 R. 1215/2012 ni define el contrato de compraventa de bienes ni el de prestación de servicios por lo que pueden surgir dificultades en relación a demandas Antitrust basadas en contratos de distribución y licencias tal y como veremos a

---

<sup>275</sup> M. DANOVI, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 22. J. FAWCETT Y P. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law* en Oxford, OUP 1998, p. 422.

<sup>276</sup> STJCE, 6 octubre 1976, *Tessili*, C 12/76 *Rec.* 1976, p. 1473, apdp. 12. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 658.

<sup>277</sup> STJCE, 3 mayo 2007, *Color Drack*, C 386/05, *Rec.* 2007, p. 3699.

continuación<sup>278</sup>. El art. 7.1 a R. 1215/2012 otorga la competencia judicial internacional a los tribunales en los que se hubiere o debiere haber cumplido la obligación en cuestión. Así, el TJCE ha determinado que la obligación a tener en cuenta es aquella que se corresponde con el derecho contractual en el que se base la demanda<sup>279</sup>.

#### **a) Acción de nulidad de un contrato**

78. Un contrato que infringe el Derecho Antitrust Europeo es nulo y por tanto no crea derechos tal y como se planteó en el caso *Courage*<sup>280</sup>. Entonces es necesario aclarar si el art. 7.1 R. 1215/2012 también es aplicable a demandas basadas en contratos nulos por infracción del derecho Antitrust Europeo y éstos sirven por tanto para determinar la competencia judicial internacional. Así, el foro que establece el art. 7.1 R. 1215/2012 tiene un alcance objetivo amplio abarcando la ejecución de una obligación de hacer o no hacer<sup>281</sup> y la ruptura abusiva de un contrato<sup>282</sup>. También debemos recordar que un demandante puede acudir a los tribunales que estipule el art. 7.1 R. 1215/2012 incluso en aquellos casos en los que las partes discutan la existencia del contrato en sí<sup>283</sup>. Esta última opción es la vía a seguir por el demandante que quiera acogerse a este foro

---

<sup>278</sup> STJCE, 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung*, C 533/07, *Rec.* 2009 p. 03227, apdo. 19. M. DANOVI, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 25.

<sup>279</sup> STJCE, 6 octubre 1976, *De Bloos v Bouyer*, C 14/76, *Rec.* 1976, p. 1497, apdo. 13. STJCE, 15 junio 1987, *Shenavai*, C 266/85, *Rec.* 1987, p. 239, apdo. 19. STJCE, 6 octubre 1976, *Tessili*, C 12/76, *Rec.* 1976, p. 1473, apdo. 12.

<sup>280</sup> Art. 101 (2) TFUE, STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001 p. 6297, STJCE, 6 febrero 1973, *Brasserie de Haecht*, C 48/72, *Rec.* 1973, p. 77, apdos. 25-27.

<sup>281</sup> STJCE, 19 febrero 2002, *Besix*, C 256/00, *Rec.* 2002, p. 01699. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares 2009, p. 175. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 657.

<sup>282</sup> STJCE, 8 marzo 1988, *Arcado*, C 9/87, *Rec.* 1998, p.01539.

<sup>283</sup> STJCE, 4 marzo 1982, *Effer*, C 38/ 81, *Rec.* 1982, p. 008250, STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91 *Rec.* 1992, p. 825, STJCE, 20 enero 2005, *Engler*, C27/02, *Rec.* 2005 p. 481 (apdos. 31, 32, 40-44). E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares 2009, p. 177. A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 658.

cuando reclame la declaración de nulidad de un contrato por ser contrario al Derecho Antitrust<sup>284</sup>.

El foro establecido por el art. 7.1 R. 1215/2012 no queda bloqueado por la mera excepción de incompetencia alegando la nulidad del contrato. De ser así bastaría con alegar siempre la nulidad del contrato para bloquear foros que no interesen al demandado y el art. 7.1 R. 1215/2012 perdería todo su significado<sup>285</sup>. Sin perjuicio de lo anterior el alcance de esta norma depende de la validez contractual, por lo que el tribunal competente deberá valorar si el contrato es válido o no, aplicando la Ley contractual ya que sólo en aquellos supuestos en los que el contrato sea válido nace una obligación del mismo<sup>286</sup>.

En este sentido recordemos que el Derecho Antitrust prevé la nulidad expresa del acuerdo. La nulidad material del contrato en base al art. 101.2 TFUE es absoluta por lo que un contrato que incumpla con lo establecido por el art. 101 TFUE no despliega efecto legal alguno interpartes<sup>287</sup>. Esto mismo se extiende a contratos contrarios al art. 102 TFUE que supongan un abuso de la posición dominante de una parte frente a la otra aunque el art. 102 TFUE no incluya una provisión equivalente al art. 101.2 TFUE<sup>288</sup>.

Así, siguiendo la doctrina *Effer* se podría concluir que al no existir contrato alguno *ab initio* tampoco podríamos acudir al foro establecido por el art. 7.1 R. 1215/2012<sup>289</sup>. Ahora bien, el TJCE también ha establecido que los efectos anticompetitivos de un acuerdo contrario al Derecho de la Competencia deben de ser conocidos en el mercado en el que se ha implementado dicho acuerdo<sup>290</sup>.

---

<sup>284</sup> M. FALLON, S. FRANCO, "Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.71.

<sup>285</sup> STJCE, 4 marzo 1982, C 38/81, *Effer*, Rec. 1982, p. 008250. E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento "Roma I" sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles* Granada, Comares 2009, p. 177.

<sup>286</sup> STJCE, 4 marzo 1982, *Effer*, C 38/ 81, Rec. 1982, p. 008250, STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, Rec. 1992, p. 825, STJCE, 20 enero 2005, *Engler*, C27/02, Rec. 2005, p. 481 (apdos 31, 32, 40-44). E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento "Roma I" sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares 2009, p. 177. STJCE, 4 marzo 1982, *Effer*, C 38/ 81, Rec. 1982, p.008250, STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91 Rec. 1992, p. 825, STJCE, 20 enero 2005, C27/02, *Engler*, Rec. 2005, p. 481,apdos. 31, 32, 40-44, SAP Murcia, 18 junio 2001.

<sup>287</sup> STJCE, 25 noviembre 1971, *Beguelin*, C 22/71, Rec. 1971, p. 949.

<sup>288</sup> STJCE, 30 enero 1974, C 172/73, *BRT SABAM*, Rec. 1974 p. 51.

<sup>289</sup> STJCE, 4 marzo 1982, C 38/ 81, *Effer*, Rec. 1982, p. 008250.

<sup>290</sup> STJCE, 6 febrero 1973, C 48/72, *Brasserie de Haecht*, Rec. 1973, p. 77.

79. El art. 12.1.e R. Roma I establece que la ley aplicable al contrato determinará también las consecuencias de su nulidad. Si la nulidad se considera un asunto relacionado a un contrato a los efectos de fijar la Ley aplicable este mismo criterio podría aplicarse a la competencia judicial internacional<sup>291</sup>.

Hasta la fecha el TJCE no ha adoptado ninguna sentencia en relación a esta cuestión y la interpretación jurisprudencial a nivel nacional tampoco parece uniforme. Un tribunal belga en un procedimiento *follow on* que siguió al asunto *De Bloos v. Bouyer* del TJCE consideró que era competente en virtud del art. 7.1. R. 1215/2012 para determinar la validez de un contrato en relación al art. 101.1 TFUE<sup>292</sup>.

En resumen, en estos momentos las dudas respecto a la nulidad del contrato podrían llevar a que los demandantes opten por el art. 4.1 R. 1215/2012 para evitar problemas. De esta forma debemos concluir que la incertidumbre perjudica gravemente a la efectividad del foro especial del art. 4.1 R. 1215/2012.

#### **b) Acción de indemnizatoria o de resarcimiento**

80. A continuación cabe preguntarse si el juez puede declararse competente en virtud del art. art. 7.1 1215/2012 para conocer una acción de resarcimiento de daños y perjuicios generados por un contrato nulo por ser contrario al Derecho de la Competencia Europeo. Esta acción es meramente delictual y surge por infringir el Derecho Antitrust y por la nulidad del contrato. Existen distintas situaciones en las que se puede reclamar resarcimiento y éstas merecen una valoración individual.

Si A demanda a B reclamando daños y perjuicios por un incumplimiento contractual, el art. 7.1. R. 1215/2012 será aplicable, sin ninguna duda. Si B considerase el contrato nulo habrá que estar a lo indicado en el punto anterior. ¿Ahora bien, qué sucede en

---

<sup>291</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 29.

<sup>292</sup> STJCE, 6 octubre 1976, *De Bloos v Bouyer*, C 14/76, Rec. 1976, p. 1497.

aquellos casos en los que B presenta una demanda reconvencional por daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho de la Competencia después de que A reclame daños y perjuicios por incumplimiento del contrato? Aunque a primera vista pueda parecer un supuesto de laboratorio se da en la práctica con gran frecuencia. Precisamente la disputa *Courage Crehan* planteó esta derivada. No obstante el TJCE no tuvo que decidir sobre la competencia de los tribunales ingleses sino más bien sobre otras cuestiones relativas a la existencia en sí del derecho de indemnización por incumplimiento de las normas Antitrust Europeas.

La demanda reconvencional sería de naturaleza delictual y no se basaría en ninguna previsión contractual. El juez podría declararse competente en base al art. 8 R. 1215/2012 debido a la evidente conexidad entre ambas acciones pero siempre en combinación con el art. 4.1 R. 1215/2012<sup>293</sup>.

**81.** Si A demanda a B reclamando la declaración de nulidad del contrato y una indemnización por daños y perjuicios provocados por el contrato presuntamente nulo el juez al que haya acudido tan sólo podrá conocer de la acción de resarcimiento si puede conocer de la primera acción, es decir de la acción de nulidad. Aunque la acción sea delictual no sólo se basará en la infracción del derecho de la competencia en sí sino también en la ilegalidad del contrato en cuestión por lo que se podrían considerar estrechamente relacionadas entre sí<sup>294</sup>. El tratamiento de las mismas por el mismo juez sería apropiado y económicamente razonable.

Sin embargo, esta cuestión no es pacífica ya que quizás interfiera con la competencia judicial internacional que establece el art. 7.2 R. 1215/2012 aplicable a las demandas de carácter delictual. Así, *Kaye* y los tribunales ingleses consideran que *when the principal subject matter of the proceedings concerns the existence or not of liability in tort, the*

---

<sup>293</sup> BGH, 12 mayo 1993, VIII ZR 110/92, ILPr 133. Corte Suprema Danesa, *Cha Cha Denmark v. Commercial Textiles* (2002) ILPr 53, BGH, 7 noviembre 2000, VIII ZR 263/00 ILPr 543. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 31.

<sup>294</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 32.

*matter in dispute should be regarded as tortious for the purposes of application of Article 5.3, notwithstanding the existence of the incidental issue of contract*<sup>295</sup>.

*Kropholler* sostiene lo contrario, al afirmar que la relación contractual es decisiva por lo que la jurisdicción debería fijarse en base al art.7.1 R. 1215/2012<sup>296</sup>. Así, esta solución parece ser la preferida por la doctrina en la Europa Continental<sup>297</sup>.

El TJCE en su sentencia *Kalfelis* establece que el concepto de “*en materia de delitos o cuasidelitos comprende toda demanda que se dirija a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual en el sentido del apartado 1 del art. 5*”. Un tribunal podrá ser competente para conocer de un aspecto de una demanda que tenga un fundamento delictivo, no es competente para conocer otros aspectos de la misma demanda basados en fundamentos no delictivos<sup>298</sup>.

Así, la Corte Mercantil Belga en el asunto *Euroboat* siguiendo la doctrina *Kalfelis* ha establecido que un juez que sea competente para conocer de una demanda no tiene jurisdicción ipso facto para conocer otras demandas planteadas ante el mismo tribunal si ambas demandas tienen bases distintas aunque los hechos o elementos fácticos estén relacionados entre sí<sup>299</sup>.

Se puede concluir que una demanda que reclame la nulidad podrá basarse en el art. 7.1. R. 1215/2012 mientras que una demanda reconventional por daños y perjuicios podría entrar dentro del ámbito de aplicación del art. 7.2. R. 1215/2012. No parece razonable aceptar que el juez tendría competencia sobre la demanda de daños y perjuicios si el procedimiento es iniciado por la parte que no alega el incumplimiento del derecho de la competencia sino el del contrato<sup>300</sup>. Esto resulta contrario al principio de coherencia.

---

<sup>295</sup> P. KAYE, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Oxford, Hart Publishing 1987. UK H.C. *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp* (1959) 2 QB 57 (CA); *Coupland v. Arabian Gulf Oil*, 1983 1 WLR 1136, (CA); *Base Metal Trading v. Shamurin* (2003) EWHC 2419 (Comm); [2004] ILPr 5, *Base Metal Trading v. Shamurin* (2004), EWCA Civ 1316 (CA).

<sup>296</sup> J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, Frankfurt, Recht und Wirtschaft 1982, p. 64.

<sup>297</sup> C. CASTRONOVO, “Private Law remedies for antitrust violations- a point of view from Italy” en J. BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition*, La Haya, Kluwer 2008, p. 107, p. 117.

<sup>298</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, C 189/ 87, *Kalfelis Schröder*, Rec. 1988, p. 5565, apdos. 18 y 19.

<sup>299</sup> CM Bélgica, *NV Euro Boat v. Sarl Team Boat*, 2006 ILPr 15 (7) Rechtbank Van Koophandel.

<sup>300</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 36.



Así, una aplicación coherente del R. 1215/2012 junto con el R. Roma I es deseable en tanto en cuanto afianza la seguridad jurídica y reduce la incertidumbre provocada por los aspectos internacionales del litigio<sup>301</sup>. Si la competencia judicial abarcara ambas situaciones la efectividad procesal se mejoraría. Es más, la “Europeización” del Derecho Internacional Privado realizada por los Reglamentos Roma I y II el R. 1215/2012 exige evitar desfases entre el foro y el *ius tal* y como establecen los considerandos 7 y 17 del R. Roma I<sup>302</sup>. Además el demandante tampoco puede ignorar la demanda de nulidad y plantear tan sólo la demanda por daños y perjuicios y acogerse al art. 7.2 R. 1215/2012.

**82.** De lo anterior se desprende que la situación actual es más bien contradictoria y genera incertidumbre dificultando la aplicación privada del Derecho de la Competencia. El demandante, en caso de duda siempre acudirá al domicilio del demandado en virtud a la norma básica del Reglamento, perdiendo los derechos que le confiere los foros especiales de los arts. 7.1 y 7.2 R. 1215/2012. En este sentido es clave indicar que el interés central del demandante es la reclamación por daños y perjuicios más que la nulidad del contrato. El TJCE interpreta en *Kalfelis* el foro y los poderes cognitivos del tribunal de forma estricta asumiendo incluso que los hechos podrían llegar a separarse<sup>303</sup>. De esta forma, en caso de duda los demandantes se verán abocados al foro del domicilio del demandado y a la conexidad.

DANOV propone revisar el art. 7.1 R. 1215/2012 de forma que la acción delictual pueda conocerse por el tribunal que decida sobre la nulidad del contrato. Como alternativa

---

<sup>301</sup> P. BLANCO MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*: ¿Galgos o podencos?: La litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de Octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA” en *CDT* 2013, pp. 240-253.

<sup>302</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares 2009, p. 174. Especialmente interesante es el Considerando 7 del R. Roma I que nos recuerda que “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben de garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de Diciembre de 2000 relativo a la Competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (5) (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

<sup>303</sup> M. WELLER, “Danov, Mihail: Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims”, en *RebelsZ* 2013 pp. 419-426, p. 421 y STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/87, *Rec.* 5565, aptdo 19.

baraja ampliar el foro delictual del art. 7.2 R. 1215/2012 a la demanda que siga a la declaración de nulidad. Esta opción ya es posible *de lege lata* en algunas jurisdicciones como por ejemplo Alemania<sup>304</sup>. Aunque la competencia cognitiva se refiera sólo a la cuestión contractual o delictual, sí se extiende a cualquier pregunta previa sobre esta cuestión o acción.

La propuesta parece apropiada ya que el art. 4.3 y 5.3 R. Roma II contiene la conexión accesoria de la acción delictual a la relación contractual de forma que el Derecho Internacional Privado Europeo reconoce la cercanía existente entre ambas acciones. El principio de economía procesal también encaja con esta propuesta. No obstante, el Derecho Antitrust Europeo se aplica directamente por lo que una norma específica y excepcional que permita la competencia en el foro contractual de este tipo de demandas podría también ser una opción más apropiada que modificar la norma básica del foro contractual. De otra parte, no se puede ignorar que la nulidad del contrato no es una cuestión previa de la acción de daños y perjuicios por un ilícito Antitrust sino más bien la consecuencia del ilícito<sup>305</sup>.

## **B) Acciones en base a contratos de compraventa de mercaderías**

**83.** El foro aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías se determina en base al art. 7.1 R. 1215/2012<sup>306</sup>. Este precepto se aplicará por ejemplo a aquellas demandas en las que una empresa inglesa que haya comprado de una empresa holandesa una serie de productos a un precio excesivo provocado por el abuso de la posición de dominio de la empresa holandesa. La aplicación de esta norma no resulta especialmente problemática en este tipo de casos distintos de los descritos en los apartados anteriores. La empresa inglesa deberá demandar a la holandesa en el lugar en el que los bienes objeto del contrato deberían ser entregados.

---

<sup>304</sup> M. WELLER, “*Danov, Mihail: Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*”, en *RabelsZ* 2013 pp. 419- 426, p. 422 y *Schiffahrtsobbergericht, Köln* 30 mayo 2008, 3 U 7/07 BSch.

<sup>305</sup> M. WELLER, “*Danov, Mihail: Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*” en *RabelsZ*, 2013, pp. 419-426, p. 423.

<sup>306</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol II., 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 659.

A la hora de determinar si este artículo es aplicable a estos supuestos habrá que fijar en primer lugar la obligación que sirve de base a la demanda, no siendo necesaria la celebración de un contrato en sí. En general, el criterio clave es la obligación litigiosa incumplida mientras que en la compraventa de mercaderías o prestación de servicios el criterio a seguir será el de la entrega de las mercancías o el lugar de la prestación del servicio. Gracias a la puntualización del art. 7.1 R. 1215/2012 se evita la solución conflictualista y la difícil búsqueda de la obligación contenciosa estableciendo un mecanismo más sencillo basado en el lugar de la entrega y de la prestación de servicios<sup>307</sup>.

Ahora bien, no podemos ignorar que este criterio se aplicará salvo pacto en contrario por lo que si las partes hubiesen acordado un lugar distinto no se podrá recurrir a esta opción<sup>308</sup>.

### **C) Acciones en base a contratos de licencia o distribución**

**84.** En primer lugar conviene resaltar que el propio Reglamento de la Comisión Europea sobre restricciones verticales adelanta que los acuerdos de distribución y transferencia de tecnología existentes a día de hoy pueden provocar litigios civiles entre las partes contratantes por incumplimiento de las normas de derecho de la competencia europeo<sup>309</sup>.

**85.** La definición de este tipo de acuerdos a los efectos del art. 7 R. 1215/2012 puede resultar especialmente escabrosa. En primer lugar, la norma no determina si los contratos de distribución y licencia se consideran compraventas de mercaderías o

---

<sup>307</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada 2009, p. 195.

<sup>308</sup> E.CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares 2009, p. 194.

<sup>309</sup> Reglamento de la Comisión 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999 sobre la aplicación del art. 81.3 del Tratado a las categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector del automóvil. Comunicación de la Comisión, de 13 de Octubre de 2000: Líneas directrices relativas a las restricciones verticales, COM 2000 C 291/01.

prestación de servicios o ninguna de estas dos categorías<sup>310</sup>. Así, la forma de determinar la competencia judicial se definirá caso por caso en acuerdos de licencia o transferencia de tecnología al resultar especialmente complejo establecer una norma general. El foro dependerá del lugar en el que se deba ejecutar la presunta obligación sobre la que se base el litigio. Parece que el art. 7.1 1215/2012 no será de gran ayuda para aquellas partes que quieran demandar a la empresa que presta la licencia puesto que esta obligación se ejecutará en el domicilio de la demandada<sup>311</sup>.

#### **D) Acciones en base a contratos de distribución**

**86.** Los contratos de distribución son de naturaleza compleja puesto que no sólo se refieren a la venta de los productos del fabricante por el distribuidor sino que también incluyen servicios que el distribuidor tiene que prestar al fabricante en relación a estos productos<sup>312</sup>.

Así, algunos autores consideran que se puede separar los distintos contratos y aplicar el art. 7.1. R. 1215/2012 a ellos<sup>313</sup>. Sin perjuicio de esto, una vez más el R. Roma I establece el criterio a seguir. El art. 4 R. Roma I considera que los contratos de distribución son contratos de prestación de servicios a los efectos del Derecho Internacional Privado y que el derecho aplicable será el del domicilio del distribuidor, esto es el lugar en el que el distribuidor presta sus servicios al fabricante<sup>314</sup>.

El art. 7.1. R. 1215/2012 determina el foro del lugar en el que según el contrato se deban prestar los servicios, por ende el distribuidor podrá demandar a la contraparte en el foro del lugar en el que los bienes son distribuidos. Los contratos de distribución se caracterizan porque la prestación de la distribución suele limitarse a un territorio

---

<sup>310</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 660.

<sup>311</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 40.

<sup>312</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 665.

<sup>313</sup> A. BRIGGS, P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgements*, 5ª ed., Londres Informa, 2009, pp. 242-244.

<sup>314</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 665.

concreto en el que el distribuidor tendrá su domicilio<sup>315</sup>. De esta forma, será muy simple determinar el foro que a su vez coincidirá con el mercado afectado. Esto también facilitará el trabajo al juez al conocer de primera mano el mercado y territorio en el que supuestamente se ha provocado el perjuicio a la víctima de la vulneración Antitrust<sup>316</sup>. En las demandas *follow on*, la resolución sobre la que hayan basado la reclamación probablemente se refiera al mercado en el que actúa el distribuidor.

En el caso contrario, es decir que el proveedor decida demandar al distribuidor por una conducta anticompetitiva por ejemplo reparto del mercado junto con otros distribuidores, el fabricante o actor tampoco saldrá especialmente perjudicado por tener que acudir al domicilio del distribuidor al coincidir este con la norma general del R. 1215/2012. Además, si coincide mercado afectado y una posible resolución de la autoridad de competencia nacional con el foro el proceso también resultará más fácil y económico.

**87.** En aquellos casos en los que la distribución abarque varios Estados miembros, la competencia se determinará adicionalmente en el foro que presente los nexos más cercanos entre el contrato y el tribunal. Si bien el TJCE se ha pronunciado en relación a contratos con varios lugares de suministro en la sentencia *Color Drack*<sup>317</sup>, ésta doctrina se puede aplicar por analogía sin mayores dificultades a los contratos de distribución<sup>318</sup>. Es más, el propio Tribunal ha aplicado por analogía esta doctrina a los contratos de prestación de servicios en el asunto *Rehder*<sup>319</sup> determinando textualmente que:

*Conviene subrayar que las consideraciones en las que se basó el Tribunal de Justicia para llegar a la interpretación dada en la sentencia Color Drack, antes citada, son también aplicables en lo que atañe a los contratos de prestación de*

---

<sup>315</sup> M. FALLON, S. FRANCO, "Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 71.

<sup>316</sup> M. DANO, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 41.

<sup>317</sup> STJCE, 3 mayo 2007, *Color Drack*, C 386/05, *Rec.* 2007, p. 3699.

<sup>318</sup> M. DANO, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 42.

<sup>319</sup> STJCE, 9 julio 2009, *Peter Rehder*, C 204/08, *Rec.* 2009, p. 06073, apdo 36.

*servicios, incluidos los casos en los que la prestación no se lleve a cabo en un único Estado miembro. Efectivamente, las reglas de competencia especial establecidas en el R. 44/2001 en materia de contratos de venta de mercancías y de prestación de servicios persiguen la misma finalidad y ocupan el mismo lugar en el sistema establecido por dicho Reglamento.*

Por tanto, la doctrina *Color Drack* se aplica a contratos de distribución en los que los derechos de distribución alcancen varios Estados miembros. En este tipo de casos el lugar de cumplimiento a los efectos de determinar la competencia judicial internacional deberá ser el lugar con el nexo más cercano entre el contrato y el tribunal competente<sup>320</sup>. Este lugar se determina en base a criterios económicos y coincidirá con el principal lugar de distribución de los bienes del fabricante, es decir con el mercado más afectado<sup>321</sup>. El juez podrá decidir si todas las obligaciones cuestionadas cumplen con el Derecho de la Competencia Comunitario, o no con independencia de si afectan al mercado del foro o no. Esta solución parece la más apropiada teniendo en cuenta que el Derecho de la Competencia Comunitario se aplica más allá de las fronteras de cada Estado miembro y debido a que el mercado geográfico afectado puede ser más amplio que el territorio del Estado miembro en cuestión<sup>322</sup>.

## **E) Acciones en base a otros contratos**

### **a) Acuerdos de limitación de la producción**

**88.** Además de los contratos descritos, en cualquier otro tipo de contratos quizás menos tipificados también pueden surgir controversias en torno al propio cumplimiento del Derecho de la Competencia. Entre este tipo de situaciones destacan los acuerdos de limitación de producción también conocidos como “*crisis cartels*”. Las partes de este

---

<sup>320</sup> STJCE, 9 julio 2009, *Peter Rehder*, C 204/08, *Rec.* 2009, p. 06073, apdo. 38.

<sup>321</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 44.

<sup>322</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 44.

acuerdo o cártel pueden haber acordado limitar su capacidad productiva debido a una bajada de la demanda a niveles en los que la libre competencia resultaría imposible<sup>323</sup>.

Esta conducta podría justificarse por las diferencias entre la capacidad productiva de la industria y la demanda de los productos fabricados<sup>324</sup>. Una empresa de gran tamaño denominada G que produce en un Estado miembro y una de menor tamaño denominada M que produce en otro, acuerdan reducir sus capacidades de producción en relación a un producto metalúrgico producido por ambas empresas. Poco tiempo después, la empresa de menor tamaño M descubre que G ha trasladado una de sus fábricas a otro país con el fin de producir más y con menor coste. M rescinde el acuerdo y demanda a G ya que según ella ésta última estaba aprovechando el acuerdo para expulsarle del mercado actuando de forma contraria al derecho de la Competencia Europeo. ¿A qué tribunales deberá dirigirse M para hacer valer sus pretensiones?

Al tratarse de una demanda basada en una relación contractual el demandante podría acudir al foro que establezca el art. 7.1. R. 1215/2012. Este contrato no es ni una compraventa de mercaderías ni de prestación de servicios por lo que habrá que fijar el foro en base al art. 7.1. R. 1215/2012. ¿Ahora bien cuál es la obligación que sirve de base a la demanda? ¿El compromiso de reducir la capacidad o la obligación de no aumentar la producción? Si nos basásemos en la segunda opción el art. 7.1. R. 1215/2012 no serviría al demandante. Esto se debe a que no aumentar la producción es una obligación “de no hacer algo” por lo que la doctrina *Besix* resultaría de aplicación. Por tanto en este caso, la competencia judicial internacional se fijará según el criterio general del art. 4 R. 1215/2012<sup>325</sup>.

**89.** Si la demanda se basase en la obligación de reducir la capacidad de producción se obtendría un resultado más adecuado. El foro se podría fijar fácilmente en el lugar en el que se encuentra la fábrica del demandante coincidiendo en muchas

---

<sup>323</sup> J. GOYDER, A. ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5ª ed. Oxford, Oxford European Union Law Library 2009, pp. 184-187. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2012, p 101.

<sup>324</sup> Por ejemplo CE, C 84/380, *Re Synthetic Fibres Agreement*, 1 CMLR 787, DOUE 1984 L207/17.

<sup>325</sup> STJCE, 19 febrero 2002, *Besix*, C 256/2000, *Rec.* 2002, p. 1699.

ocasiones con su domicilio. Sin embargo, si ambas obligaciones tuviesen la misma importancia el tribunal llamado sólo podrá decidir sobre la obligación que afecte al Estado miembro del foro<sup>326</sup>.

Entonces, el tribunal con competencia judicial limitada no podría estar en posición de decidir si una obligación que debe cumplirse en otro Estado miembro respeta la normativa europea Antitrust, ya que el ámbito de aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE no está limitado a un solo Estado miembro<sup>327</sup>. Además para poder determinar si un acuerdo o práctica afecta al mercado entre los Estados miembros, es decir para determinar si los arts. 101 y 102 TFUE son aplicables, el juez deberá establecer si el acuerdo afecta a la actividad económica de por lo menos dos Estados miembros<sup>328</sup>. Así, se plantea la duda de si un juez cuya competencia se encuentra limitada a la obligación que debe cumplirse en su territorio puede decidir si ha habido un impacto sobre el mercado de por lo menos dos Estados miembros y si una obligación que debe ejecutarse en otro Estado miembro es válida.

Aunque el impacto del mercado sea una cuestión preliminar para decidir si la obligación es compatible con el Derecho Europeo Antitrust es difícil ver cómo una decisión de un tribunal nacional que dicte que una obligación es contraria a los arts. 101 y 102 TFUE no afecta a obligaciones que deban de ser ejecutadas en otro Estado miembro en base al mismo acuerdo. Esto es contrario al principio de nulidad de pleno derecho del artículo 101.2 TFUE y contrario al principio de aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia. Uno de los pilares del sistema establecido por el Reglamento 1/2003 se basa precisamente en que los jueces nacionales puedan y deban aplicar las normas europeas de derecho de la competencia<sup>329</sup>. Ahora bien, una interpretación restrictiva del R. 44/2001 dificultaría el cumplimiento de esta premisa del Derecho de la Competencia Comunitario.

---

<sup>326</sup> STJCE, 5 octubre 1999, *Leathertext v Bodetex*, C 420/97, Rec. 1999, p. 6779, apdo. 40.

<sup>327</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 46.

<sup>328</sup> Guidelines on the effect on trade concept contained in articles 81 and 82 of the Treaty, 2004, DOCE C-101/81 (21).

<sup>329</sup> W. WURMNEST, "Private Durchsetzung des EG- Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17" en P. BEHRENS, E. BRAUN, (Coord.), *Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch*, Baden-Baden, 2004, Nomos pp. 231-249. V. WINFRIED, "Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht", en J. BASEDOW (Coord.), *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max Planck Institut für Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck 2001, pp. 293-316, p. 307.



## **b) Acciones basadas en acuerdos de comercialización**

**90.** Dos empresas que actúan en territorios distintos pueden hacer uso de un acuerdo de comercialización de productos para expandirse en el otro Estado miembro. Este tipo de acuerdos de carácter complejo pueden incluir intercambios de información sobre precios, marketing, estrategias etc. que pueden ser contrarios al Derecho de la Competencia. El mercado podría paralizarse y puede que una de las partes demande a la otra alegando que el intercambio de información comercial de carácter sensible entre las partes es contrario al Derecho de la Competencia Europeo<sup>330</sup>.

Este tipo de casos también se regirá por lo establecido en el art. 7.1. R. 1215/2012. Ahora bien, la identificación de la obligación principal puede resultar compleja. Sin perjuicio de lo anterior, en primer lugar el demandante deberá determinar cuál es la obligación nula siendo el lugar de cumplimiento el lugar en el que se establecerá el foro. Así, el lugar de ejecución se fijará según las normas de conflicto que determinen la ley aplicable al caso<sup>331</sup>.

El demandante puede que busque la nulidad de la obligación de implementar estrategias de marketing comunes, como por ejemplo la obligación de subir los precios a ciertos niveles etc. ¿Cuál es el lugar de cumplimiento de estas obligaciones? En muchos casos este lugar coincidiría con el domicilio del demandante. Sin embargo, si la importancia de las distintas obligaciones fuese equiparable la jurisdicción del tribunal del domicilio del demandante estaría limitada a la parte de la demanda que se refiera a la obligación a implementar en dicho Estado miembro<sup>332</sup>. De esta forma, se repetiría el problema arriba planteado.

**91.** Por lo anterior podemos concluir que el R. 1215/2012 no fija de forma satisfactoria la competencia judicial internacional respecto a demandas que surjan de

---

<sup>330</sup> Véase por ejemplo, STJCE, 28 mayo 1998, *John Deere*, C-7/96P, Rec. 1998, p. 3111.

<sup>331</sup> STJCE, 6 octubre 1976, *Tessili*, C 12/76, Rec. 1473, p. 13.

<sup>332</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 48.

acuerdos horizontales entre competidores. En este tipo de casos la competencia judicial internacional se acabará fijando caso por caso dependiendo de cada obligación. Aunque a primera vista este sistema parezca flexible puede resultar ineficiente especialmente frente al sistema de aplicación descentralizada del Derecho Antitrust Europeo.

## **6. Foro de la filial, sucursal o agencia**

**92.** El art. 7.5 R. 1215/2012 también puede servir para demandar en Gran Bretaña a una multinacional francesa que participa en un cártel y que comercialice un producto en Gran Bretaña a través de su filial. La sucursal como agencia no puede ser demandada puesto que no tiene personalidad jurídica pero el demandante podrá acogerse a esta norma en aquellos supuestos en los que el litigio surja de las actividades de la sucursal dirigiendo la demanda frente a la matriz que sí tiene personalidad jurídica<sup>333</sup>.

Sin perjuicio del ejemplo citado debemos preguntarnos si un demandante podrá acogerse al foro del art. 7.5 R. 1215/2012 cuando la multinacional haya actuado a través de su filial o un distribuidor en exclusiva, es decir entidades con personalidad jurídica independiente. El TJCE ha establecido que en los casos en los que el demandante se dirija contra el que dispone de derechos de venta exclusivos y no está sujeto al control y dirección del que otorga estos derechos no se activa el foro del art. 7.5 R. 1215/2012 precisamente porque puede actuar de forma independiente y se trata de personas jurídicas distintas<sup>334</sup>. En general la filial actúa en su propio nombre y derecho por lo que normalmente no se activará el foro del art. 7.5 R. 1215/2012<sup>335</sup>. Ahora bien, en asuntos relacionados con el Derecho de la Competencia la situación puede ser distinta. Tanto el

---

<sup>333</sup> STJCE, 22 noviembre 1978, *Somafer*, C 33/78, *Rec.* 1978, p.2183.

<sup>334</sup> STJCE, 6 octubre 1976, *De Bloos v Bouyer*, C 14/76, *Rec.* 1976 p. 1497, apdo. 23. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 49.

<sup>335</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 49.

TJCE como la doctrina defienden que el derecho de la competencia califique como una sola unidad económica o *undertaking* a distintas sociedades con personalidad jurídica independiente en aquellos casos en los que su relación justifique que sean consideradas como una unidad económica<sup>336</sup>.

Aunque sean personas jurídicas independientes puede que no exista la independencia económica real o de acción entre las distintas sociedades de un grupo si todas ellas o parte de las mismas siguen las instrucciones de su empresa matriz. Así, siguiendo esta línea se podría concluir que en aquellos casos en los que una filial implemente los acuerdos adoptados en el marco de un cártel en el que participe la matriz, la primera estaría actuando como una sucursal a los efectos del art. 7.5 R. 1215/2012<sup>337</sup>.

**93.** Ahora bien, esta interpretación extensiva que sigue la senda *Provimi* y posteriores sentencias de los tribunales británicos aplicada en relación a los arts. 4, 7.2. y 8.1 R. 1215/2012 no tiene en cuenta que las normas establecidas en este Reglamento deben de interpretarse de forma autónoma en todos los sentidos y dentro de su ámbito esto es el Derecho Internacional Privado<sup>338</sup>. La interpretación que sigue el TJCE sobre la unidad de entidades se refiere a los arts. 101 y 102 TFUE y en relación a concentraciones y ententes o derecho Antitrust. La pregunta es si esto es directamente aplicable o extensible a las normas de competencia judicial internacional.

El TJCE ha limitado el alcance de esta norma estableciendo que los términos sucursal, agencia o establecimiento conllevan:

*un centro de operaciones, que se manifiesta de forma duradera como la prolongación de una casa madre, provisto de una dirección y materialmente equipado de forma que pueda negociar con terceros, de tal forma que éstos, al*

---

<sup>336</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General, La Competencia*, Madrid, Colex 2009, p. 178. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2012. STJUE, 10 abril 2014, *Siemens*, T 124/07, y STJUE, 10 abril 2014, *Areva*, T 127/07.

<sup>337</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 50.

<sup>338</sup> G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellpfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“ en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

*mismo tiempo que saben que se establecerá una eventual relación de derecho con la casa madre cuyo domicilio social está en el extranjero, están dispensados de dirigirse directamente a la misma y pueden celebrar negocios en el centro de operaciones que constituye su prolongación*<sup>339</sup>

Esta interpretación es amplia, de forma que aunque el Derecho Societario determinase que el art. 7.5 R. 1215/2012 no puede aplicarse a establecimientos con personalidad jurídica el foro en este establecimiento con personalidad jurídica será posible cuando esta sociedad actúe como prolongación de una sociedad domiciliada en otro Estado miembro. La sentencia *Schotte-Parfums, Rothschild* establece que los terceros que negocian con el establecimiento que actúa como prolongación de otra sociedad deben poder confiar en la apariencia creada y considerar este establecimiento como uno de esa otra sociedad, aunque, desde el punto de vista del Derecho de sociedades, las sociedades sean independientes una de otra<sup>340</sup>. Según *Gil Nieves* este principio también debe de ser aplicable a obligaciones extracontractuales<sup>341</sup>.

**94.** El demandado deberá acreditar que el daño deriva de la actividad ilícita de la sucursal con independencia del lugar en el que se haya producido el daño<sup>342</sup>. Precisamente esta línea interpretativa coincidiría con la práctica de los tribunales nacionales de aplicar conceptos del Derecho de la Competencia al R. 1215/2012. Esta cuestión se profundizará a lo largo de los próximos capítulos.

---

<sup>339</sup> STJCE, 22 noviembre 1978, *Somafer*, C 33/78, *Rec.* 1978 p. 2183.

<sup>340</sup> STJCE, 9 diciembre 1987, *Schotte-Parfums*, C 218/1986, *Rec.* 1987, p. 4905..

<sup>341</sup> R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por Daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia” en *RDCD*, nº 4 2009, pp. 137-165, p. 155.

<sup>342</sup> M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Derecho Procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi 2007 p. 135. R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por Daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia” en *RDCD*, nº 4 2009, pp. 137-165, p. 155.

## **7. Víctimas indirectas: demandas relacionadas con un contrato**

**95.** Las reclamaciones planteadas por perjudicados o compradores indirectos podrían registrarse por lo establecido en el art. 7.1 R. 1215/2012 por estar basadas en un contrato que albergaba el ilícito Antitrust. Ahora bien, en primer lugar es necesario determinar si estas reclamaciones están o no vinculadas a los contratos que regulan la relación comercial entre los compradores directos y las empresas participantes en el cártel. El TJCE ha establecido que esta cuestión debe responderse según el Reglamento y los criterios que ha ido dictando el TJCE tal y como hemos descrito<sup>343</sup>. El término “asuntos relacionados con un contrato” no abarca situaciones en las que las partes no han asumido ninguna obligación recíproca<sup>344</sup>. Por tanto, los que hayan adquirido los productos de un vendedor o intermediario no podrán recurrir al (art. 7.1 R. 1215/2012, para demandar al fabricante cartelista puesto que no existe relación contractual alguna entre el comprador indirecto y el fabricante.

**96.** En una cadena de contratos internacionales, las partes contratantes variarán de contrato a contrato por lo que las condiciones contractuales que el comprador indirecto haya negociado con el intermediario no tienen porqué corresponderse a las vigentes entre el intermediario y el fabricante<sup>345</sup>. El R. 1215/2012 tiene por objeto mejorar la seguridad jurídica de las personas y empresas establecidas en la Unión Europea. Por ello, las normas de competencia que deroguen el principio general del Reglamento, esto es la *Lex rei sitae*, deberán ser interpretadas de forma que un demandado bien informado pueda predecir de forma razonable ante qué tribunales distintos de los de su foro puede llegar a ser demandado<sup>346</sup>. Así, los foros de las demandas de compradores indirectos aunque deriven de la compraventa o contrato

---

<sup>343</sup> STJCE, 8 marzo 1988, *Arcado*, C 9/87, *Rec.* 1988, p.01539.

<sup>344</sup> STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, *Rec.* 1992, p. 825 apdo. 15.

<sup>345</sup> J. DREXL, “Zur Schadensersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht” en A. HELDRICH, *Festschrift Canaris, 70. Geburtstag* Vol. I, Munich, Beck 2007, pp. 1339-1365.

<sup>346</sup> D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellverstöße im Internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2013, p. 124.

principal no son previsibles para el demandante por lo que resultarían incompatibles con el principio de seguridad jurídica establecido por el Reglamento<sup>347</sup>.

## 8. Cesión de derechos

97. ¿Qué sucede en aquellos casos en los que el contrato o incluso los derechos derivados del mismo hayan sido cedidos a terceros? Como hemos visto, en Europa se están empezando a dar situaciones en las que empresas especializadas adquieren los derechos por daños y perjuicios de otras empresas que quieren reclamar directamente. En el ámbito Antitrust existen varios ejemplos en Alemania, Países Bajos, Finlandia y Bélgica en los que se han cedido los derechos de compensación por los daños provocados por varios cárteles internacionales detectados en los últimos años<sup>348</sup>.

La respuesta la encontramos en la sentencia *Kalfelis* que establece que aquellas demandas que busquen la responsabilidad del demandado y que no estén directamente relacionadas con un contrato deberán ser encuadradas según el art. 7.2 R. 1215/2012 que regula las reclamaciones extracontractuales. Así, a los efectos de fijar la competencia de los tribunales este tipo de casos habrá que atenerse a los límites que fija el art. 7.2 R. 1215/2012<sup>349</sup>.

## 9. Acciones individuales basadas en contratos con consumidores

98. Como hemos visto, los consumidores también pueden ser víctimas de un ilícito Antitrust. Pueden sufrir el daño de forma directa si el acuerdo ilícito se refiere, por ejemplo, al último eslabón de la cadena de precios, el de venta al público o si una empresa abusa de su posición de dominio imponiéndoles condiciones que provoque

---

<sup>347</sup> STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, *Rec.* 1992, p. 825, apdo. 19.

<sup>348</sup> J. BASEDOW, “International Cartels and the Place of Acting under Article 5.3 of the Brussels I Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 31 39.

<sup>349</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/87, *Rec.* 1988 p. 5565. T HARTLEY, *International Commercial Litigation*, Cambridge, Cambridge University Press 2009, p. 44.

daños y perjuicios a sus clientes finales. Los consumidores pueden sufrir el perjuicio directa o indirectamente si compran un producto con un coste excesivo puesto que el distribuidor que sufre la subida ilícita de precios puede trasladar total o parcialmente este incremento al último eslabón de la cadena de distribución. Aunque el Derecho de la Competencia tenga por objeto garantizar la libre competencia y el libre mercado, los consumidores forman una parte esencial del mercado por lo que merece ser protegidos. A mayor abundamiento, la sentencia *Manfredi* también nos recuerda que los consumidores también pueden presentar una demanda por incumplimiento de la normativa Antitrust ante cualquier tribunal nacional<sup>350</sup>.

A pesar de que el TJCE se ha referido expresamente a este derecho de los consumidores y a pesar de la política de la Comisión Europea de fomento de los derechos de los consumidores en Europa, las demandas de consumidores derivadas de ilícitos Antitrust contra empresas siguen siendo la excepción. Esto se debe en buena medida a la complejidad que caracteriza a este tipo de acciones, al escaso valor de la reclamación y también al carácter internacional que pueden tener los procedimientos<sup>351</sup>. Ejemplos recientes en algunas jurisdicciones europeas muestran las dificultades a las que se enfrenta cualquier demanda en este ámbito<sup>352</sup>. Para compensar este desequilibrio el legislador comunitario ha presentado una recomendación sobre acciones colectivas que trataremos en el capítulo relativo a las acciones colectivas.

**99.** Las demandas de los consumidores podrán dirigirse por ejemplo contra cláusulas de carácter abusivo por incumplir con el Derecho de la Competencia Comunitario y en segundo lugar reclamar una compensación por los daños y perjuicios sufridos basada en la conducta contraria a derecho<sup>353</sup>. Debido a la existencia de dos demandas o acciones, la de nulidad de la cláusula o contrato y la de compensación de los daños y perjuicios sufridos se podría, a la luz de la doctrina *Kalfelis*, argumentar que

---

<sup>350</sup> STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619.

<sup>351</sup> G. BARLING, *Collective Redress For Breach Of Competition Law –A Case For Reform?* Consultado por última vez el 12.04.2014.

[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_collective\\_redress/sir\\_gerald\\_barling\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/sir_gerald_barling_en.pdf)

<sup>352</sup> Por ejemplo, UK, CAT, *Consumers Association v JJB Sports plc* (Case No 1078/7/9/07).

<sup>353</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Oxford 2011, p. 55. R. WHISH, *Competition Law*, Oxford, Oxford 2008, p. 313.

el art. 17. R. 1215/2012, es aplicable a la reclamación contractual pero no a la acción delictual. El abogado General *Darmon* en el asunto *Shearson* afirmó que la interpretación del Tribunal en relación a asuntos relacionados con contratos del art. 7 R. 1215/2012 debe de ser tomada en cuenta a la hora de interpretar el art. 17. R. 1215/2012, siendo ambas normas similares<sup>354</sup>. Ahora bien, la similitud no impide diferenciar entre ambas normas.

El TJCE en la sentencia *Engler* ha establecido de forma explícita que el art. 17. R. 1215/2012 es *lex specialis* frente al art. 7.1 R. 1215/2012 y por tanto no pueden ser interpretados en la misma forma. El art. 17. R. 1215/2012 supone una excepción a los principios generales por lo que su interpretación debe de ser restrictiva y reservarse tan sólo a los supuestos previstos de forma explícita y no a otros supuestos<sup>355</sup>.

Con posterioridad, en la sentencia *Ilsinger* parece volver a la interpretación más extensiva al afirmar que “*el ámbito de aplicación del art. 15, apartado 1, letra c) R. 44/2001, ya no se limita, exclusivamente, a los casos en que las partes contraen obligaciones sinalagmáticas*”<sup>356</sup>. Ahora bien, esta misma sentencia nos recuerda que la existencia de un contrato resulta indispensable<sup>357</sup>.

Si no se trata de una reclamación basada en un contrato de consumo habrá que estar a lo establecido a lo sumo en el art. 7.1 R. 1215/2012 cuyo ámbito de aplicación es mucho más amplio que el ámbito del art. 17. R. 1215/2012.

DANOV sí considera que existen argumentos para incluir las acciones delictuales en el art. 17 del Reglamento cuando se trate de acciones estrechamente relacionadas con el contrato y el demandante sea un consumidor. Esta interpretación facilitaría las posibilidades de los consumidores pero no podemos olvidar el carácter excepcional de la norma en la que se basa, además de que el art. 7.2 R. 1215/2012 sigue ofreciendo al consumidor la posibilidad de demandar en un foro distinto del domicilio del

---

<sup>354</sup> STJCE, 19 enero 1993, *Shearson*, C 89/91, *Rec.* 1993, p. 00139.

<sup>355</sup> STJCE, 20 enero 2005, C27/02, *Engler*, *Rec.* 2005, p. 481 (apdos. 31, 32,40-44). STJCE, 14 mayo 2009, *Ilsinger*, C 180/06, *Rec.* 2009 p. 3961, apdos. 52 y 53.

<sup>356</sup> STJCE, 14 mayo 2009, *Ilsinger*, C 180/06, *Rec.* 2009 p. 3961, apdo. 51.

<sup>357</sup> STJCE, 14 mayo 2009, *Ilsinger*, C 180/06, *Rec.* 2009 p. 3961, apdo. 54. Sobre la naturaleza de los contratos de consume véase: E. CASTELLANOS RUIZ, *Regimen jurídico de los consumidores: Competencia Judicial Internacional y ley aplicable*, Granada, Comares 2010, p. 2 y ss.



demandado. Todo ello unido a que se tendrá que tratar de relaciones contractuales directas entre un consumidor y la empresa infractora.

La sentencia *Ilse* se ha dictado en un momento en el que tanto las acciones colectivas como las acciones por infracción del derecho Antitrust se encuentran a la orden del día y en el que el fomento de las mismas ya ha sido declarado objetivo de la política de la Unión Europea. Sin perjuicio de lo anterior, el TJCE sigue optando por una interpretación estricta basada en los criterios de previsibilidad y seguridad jurídica que son las bases del R. 1215/2012. Por tanto, a día de hoy y a la espera de una interpretación más favorable por parte del TJCE o de las reformas previstas por la Comisión Europea debemos interpretar el art. 17 R. 1215/2012 de forma estricta siguiendo los criterios de *Ilse* y *Engel* lo que lleva a una exclusión de las demandas extracontractuales del ámbito de aplicación del art. 17 R. 1215/2012. Por otra parte, la política de fomento de las acciones colectivas como parte efectiva del *Private enforcement* tampoco justifica una interpretación extensiva y fuera de los criterios reconocidos por el R. 1215/2012<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> La sentencia STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer*, C-133/11, da una dura lección a los defensores de la interpretación orientada a un mejor private enforcement en Europa y la Sentencia STJUE, 16 enero 2014, *Kainz*, C 45/13, continúa en esa misma línea al limitar la necesidad de aplicar de forma coherente el R. Roma II el R. 44/2001.

## 10. Competencia judicial internacional: obligaciones extracontractuales

**100.** Las demandas por daños y perjuicios provocadas infracciones del derecho Antitrust que planteen compradores indirectos, consumidores finales o cualquier otro perjudicado que no sea parte de un contrato con la empresa infractora se consideran de carácter delictual a los efectos de determinar la competencia internacional del tribunal que conozca del asunto<sup>359</sup>. Como hemos podido ver, incluso en aquellas ocasiones, en las que existiese un contrato, la acción podrá ser extracontractual puesto que la infracción y el perjuicio que genera pueden no estar cubiertos por el contrato. Asimismo, en aquellos casos en los que dos o más empresas hubiesen participado en un cártel que ha provocado daños a los demandantes, todas las empresas participantes en el cártel podrían ser responsables de los daños y perjuicios supuestamente causados con independencia de posibles relaciones contractuales.<sup>360</sup> En este tipo de litigios se plantean diversos escenarios con múltiples partes y escenarios con diversos foros posibles.

**101.** Así, en los últimos años están proliferando demandas de grupos de perjudicados y gran cantidad de demandados incluyendo empresas pertenecientes a grupos empresariales<sup>361</sup>. De hecho, aproximadamente el 25% de las decisiones de la Comisión Europea entre los años 2008 y 2012 han servido de base a diversas acciones *follow on* contra los participantes en los cárteles sancionado en diversas jurisdicciones europeas<sup>362</sup>. Estos litigios se han concentrado en tres jurisdicciones europeas, Reino Unido, Países Bajos y Alemania. Sirva como ejemplo la entidad *Deutsche Bahn* que

---

<sup>359</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7035 y s.

<sup>360</sup> Véase art. 11 de la Directiva 104/2014 de Daños

<sup>361</sup> UK. C.A. *Provimi vs. Aventis* 2003, EWHC 961; *Devenish Nutrition vs. Sanofi Aventis*, 2007, EWHC 2394 y 2008 EWCA Civ 1086, *Cooper Tire vs. Shell Chemicals*, 2009, EWHC 2609 y 2010 EWCA Civ 864, *Toshiba Carrier vs. KME* 2011, EWHC 2665 y 2012 EWCA Civ 1190; *Nokia Corporation vs AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, EWHC 731 (Ch); *Bord Na Mona vs. BPI*, 2012 EWHC 3346, *Deutsche Bahn vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*, 2013, CAT 18; *Deutsche Bahn AG. & Ors. Vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*. 2013 EWCA Civ 1484.

<sup>362</sup> J. ALMUNIA, discurso presentado el 7.11.2013, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-887\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-887_en.htm).

está reclamando daños y perjuicios en distintas jurisdicciones Europeas contra los miembros de diversos carteles, fabricantes de raíles, ascensores, cátodos de grafitos, operadores de tarjetas de crédito y más recientemente traviesas de hormigón y acero<sup>363</sup>.

#### **A) Definición de la obligación extracontractual**

**102.** El TJUE define “delictual o cuasi delictual” por exclusión: Cuando no hay contrato la reclamación se podrá considerar extracontractual<sup>364</sup>. Teniendo en cuenta que las obligaciones por Derecho de la Competencia provienen de normas que tienen carácter obligatorio se considera que no tienen carácter contractual por lo que se encuentran recogidas en el art. 7.2 R. 1215/2012<sup>365</sup>. Dentro de esta definición entrarían, por tanto, las acciones por daños y perjuicios causados por un ilícito Antitrust por los miembros de un cártel a sus clientes o el abuso de posición dominante por una empresa y el daño que genere al resto de participantes en el mercado afectado por el abuso. El art. 7.2 R. 1215/2012 que prevé la competencia de los tribunales del lugar en el que se hubiere producido el hecho dañoso<sup>366</sup>. Aunque a primera vista parezca fácil determinar este lugar y por tanto fijar la competencia en base a este foro especial, nos encontramos ante una definición controvertida y en continua evolución por parte del TJUE. Desde la sentencia *Mines de Potasse*, la jurisprudencia y la doctrina discuten con cierta regularidad y frecuencia sobre la mejor forma de fijar el lugar del hecho dañoso, adaptando esta definición a múltiples supuestos con daños plurilocalizados, ilícitos a

---

<sup>363</sup> Véase al respecto las noticias en prensa sobre estos casos: <http://www.ft.com/intl/cms/s/2/7f2df240-8fca-11e2-9239-00144feabdc0.html#axzz2kc7oCRtW> y <http://gulfnews.com/business/general/deutsche-bahn-suing-steel-firms-over-price-fixing-1.1324905>

Consultados por última vez el 1 de mayo 2014.

<sup>364</sup> A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol I, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1064.

<sup>365</sup> BGH, 11 febrero 1988, I ZR 201/86, disponible en *RIW* 1988, pp. 397-398; STJCE, 8 marzo 1988, *Arcado*, C 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539; STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/87, *Rec.* 1988, p. 5565apdo 19; STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, *Rec.* 1992 p. 825, STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. 6511, STJCE, 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/2000, *Rec.* 2002, p. 07357; STJCE, 5 febrero 2004, *Frahuil*, C 265/02, *Rec.* 2004, p. 01543.

<sup>366</sup> R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagedelikten“, en *NJW* 2009, pp. 3481-3485, p. 3482.

distancia, hechos y daños repartidos<sup>367</sup>. Finalmente, las nuevas tecnologías y en particular Internet han reavivado el debate en torno a las definiciones del lugar del “hecho dañoso”<sup>368</sup>.

**103.** La norma de competencia establecida para las obligaciones extracontractuales del R. 1215/2012 proviene del art. 5.3 del Convenio de Bruselas I cuyo texto era prácticamente idéntico, si bien el Reglamento incluye dentro de esta norma las reclamaciones de cesación o declarativas negativas al referirse a los hechos dañosos que pudieren producirse<sup>369</sup>. Por tanto, cualquier sentencia relativa al Convenio de Bruselas I será aplicable al R. 1215/2012. Esta norma ni se interpreta por la *lex fori* ni por la *lex causae* sino de forma autónoma<sup>370</sup>. Tampoco importa si existe una obligación extracontractual sino que esta sea posible puesto que la existencia se analizará en el fondo del asunto<sup>371</sup>.

El art. 7.2 R. 1215/2012 es un foro tanto de competencia judicial internacional como de competencia territorial, por lo que determina la competencia de unos tribunales de un lugar concreto dentro de un Estado miembro. En aquellos casos en los que no esté claro el órgano competente habrá que acudir al Derecho Procesal Interno para concretar la competencia territorial<sup>372</sup>.

Así, este foro generalmente es el más económico para ambas partes por otorgar competencia a los tribunales más, próximos al litigio y cuya competencia puede ser razonablemente prevista por ambas partes<sup>373</sup>. No obstante, en el caso de las acciones por

---

<sup>367</sup> A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1064.

<sup>368</sup> STJCE, 10 junio de 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004p. 6009, STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009 p. 06917.

<sup>369</sup> STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer AG*, C-133/11.

<sup>370</sup> J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8ª ed., art. 5 R. 44/2001, Frankfurt am Main, Recht und Wirtschaft, apdo. 72.

<sup>371</sup> R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagedelikten“, en *NJW* 2009, pp 3481-3485, p. 3482.

<sup>372</sup> A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1063.

<sup>373</sup> STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998 p. 6511. A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol II, 14ª ed., Granada, Comares 2013, p. 1064.

ilícitos Antitrust puede que nos topemos con serias dificultades derivadas del principio de ubicuidad tal y como veremos más adelante.

## **B) La determinación del lugar del hecho dañoso**

**104.** De la primera frase del art. 7.2 R. 1215/2012 se desprende que sólo se aplicará en aquellos casos en los que el hecho dañoso hubiese ocurrido en un lugar distinto de la residencia del demandado<sup>374</sup>. Esto sigue la lógica del Reglamento puesto que el principio general de la competencia de los tribunales en el lugar de residencia del demandado ya está previsto en el art. 4 R. 1215/2012 por lo que no es necesario que el demandante recurra al art. 7.2 R. 1215/2012. Es más, este foro es especial por lo que su aplicación debería ser excepcional frente a la norma general del domicilio del demandado. La jurisprudencia del TJUE ha sido especialmente prolífica aclarando la aplicación de esta norma a diversos supuestos con daños plurilocalizados, a distancia así como diversos tipos de conductas. Las bases para fijar el lugar del hecho dañoso, las sienta la sentencia *Mines de Potasse* en la que el TJUE evitó seguir los pasos de la sentencia *Tessili* al establecer que el lugar de los hechos debe interpretarse de forma autónoma y no según la *lex fori*<sup>375</sup>. A continuación resumimos las principales teorías y el debate para luego analizar su aplicación a acciones derivadas de ilícitos Antitrust.

### **a) La ubicuidad: *Mines de Potasse*; *Torline*, *Kronhofer*, *Zuid Chemie***

**105.** Comencemos con el supuesto *Mines de Potasse*: El hecho generador tuvo lugar en un país y el daño en otro país. En estos casos, el TJUE considera que el lugar del hecho dañoso incluye tanto el lugar en el que ocurre el hecho que provoca el daño

---

<sup>374</sup> P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5 Nr.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“, en *WuW* 2012, pp. 797-807, p.798. R. WAGNER, K. GESS, “Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagedelikten“, en *NJW* 2009, pp. 3481-3485, p. 3482.

<sup>375</sup> STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735, apdos. 11 y 17.

como el lugar en el que el daño ocurre<sup>376</sup>. Esta amplia interpretación se debe a dos motivos. En primer lugar, la opción del lugar del hecho dañoso fue incluida como alternativa ya que en muchos casos el lugar en el que sucede el hecho que provoca los daños coincide con el domicilio del demandado. En segundo lugar, la jurisdicción especial se justifica con la conexión entre el asunto y el tribunal que así puede conocer del asunto por ser más cercano a los hechos relevantes. Tanto el lugar en el que ocurren los hechos que provocan el daño como el lugar en el que el daño ocurre pueden estar estrechamente conectados con el litigio. El TJUE establece que en los casos de ilícitos a distancia como es el caso de *Mines de Potasse*, el “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el “hecho causal” como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se verifica el resultado lesivo o el daño<sup>377</sup>. Esto se basa en que en ambos estados el del hecho causal y el del resultado lesivo presentan la misma proximidad con el litigio.

A primera vista no parecen existir motivos que justifiquen un tratamiento diferenciado a las acciones por infracciones del Derecho Antitrust por lo que se debería aplicar la misma definición que la aplicable a daños físicos o económicos en general. No obstante se ha afirmado que<sup>378</sup>:

*The Bier Rule works well enough where one is dealing with physical damage to person or property. It works less well where one is dealing with damage to the personality of the victim. It works least well where the consequence of the harmful event takes the form of pure financial loss rather than damage, that is to say, financial depletion which is neither proceeded nor caused nor accompanied by any obvious impact on physical things or on personality*<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735, apdos. 11 y 17.

<sup>377</sup> STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735; STJCE, 5 febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004, p. 1417, STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009; STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917.

<sup>378</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 90.

<sup>379</sup> Traducción: La regla de Bier funciona lo suficientemente bien cuando se trata de daños físicos a personas o bienes. No funciona tan bien cuando se trata de daños a la personalidad de la víctima. Y no funciona nada bien cuando las consecuencias del hecho dañoso consisten en meras pérdidas económicas, esto es pérdida financiera que no está precedida ni causada por un impacto obvio sobre objetos físicos o personas. A. BRIGGS, P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Londres, Informa 2009, pp. 267-268.

De la afirmación anterior se desprende que el demandante puede escoger entre los tribunales los del Estado miembro donde se produjo el hecho generador del daño o como luego detallaremos, los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se verificó el daño o lesión. Para poder demandar en el lugar donde se han verificado el hecho causal, este hecho tendrá que haber causado el daño reclamado de forma directa<sup>380</sup>.

El principio de ubicuidad no persigue favorecer a la víctima aunque acaba mejorando la posición del actor, porque en numerosas ocasiones el resultado lesivo se genera en el país en el que se encuentre su centro de intereses o domicilio del demandante, sea éste la presunta víctima o el presunto responsable<sup>381</sup>.

#### **b) Daños plurilocalizados y tesis del mosaico, *Shevill y Kronhofer***

**106.** Los daños plurilocalizados se generan cuando un mismo ilícito por ejemplo un cártel de incremento de precios afecta a varios países y produce daños que se verifican en distintos países. En este tipo de supuestos y en relación a otro tipo de acciones, el TJUE sostiene desde la sentencia *Shevill* la tesis del mosaico o *Mosaikbetrachtung*. Según esta tesis, el tribunal del Estado en cuyo territorio se hayan producido los daños dispone de competencia judicial internacional sólo en relación con la responsabilidad derivada de los daños verificados en dicho Estado miembro<sup>382</sup>. Los daños verificados en otros Estados tendrán que ser tratados ante los tribunales del Estado que corresponda.

---

<sup>380</sup> STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917, apdo. 26.

<sup>381</sup> Véase por ejemplo STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C 68/93, *Rec.* 1995, p. 00415.

<sup>382</sup> A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol II, 14ª ed. Granada, Comares 2013, p. 1067. STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004, p. 1417; STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009; STJCE, 19 septiembre 1995, *Marinari*, C 364/93, *Rec.* 1995, p. 415.

**107.** Según la doctrina *Shevill* la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” utilizada en el art. 7.2 R 1215/2012 debe interpretarse, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, en el sentido que la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, o bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en el que la publicación haya sido difundida y en el que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido<sup>383</sup>. De esto se desprende que en este caso el lugar del hecho causal sólo puede ser el de establecimiento del editor por ser el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha publicado y difundido, y éste Tribunal será competente para la reparación de la totalidad los daños y perjuicios sufridos.

Así, este foro coincidiría con el lugar de domicilio del demandado aunque al demandante se le ofrece como alternativa reclamar ante los tribunales de aquellos lugares donde se hubiese materializado el daño con ciertas limitaciones como hemos visto. Estos tribunales estarían más cualificados desde la perspectiva geográfica para apreciar el alcance del perjuicio correspondiente en base a las reglas de buena administración de justicia aunque sólo en relación al daño sufrido en su territorio.

**108.** En la sentencia *Kronhofer*, el TJUE nos recuerda que la aplicación de la doctrina *Shevill* debe ser restrictiva. En este asunto, el perjudicado que vivía en Austria sufrió un grave perjuicio ocasionado por una sociedad de administración de patrimonio sita en Alemania en negocios especulativos realizados en Londres. El Tribunal Supremo Austríaco OHG consideraba que los daños sufridos en Alemania formaban parte del

---

<sup>383</sup> Quisiera resaltar que el borrador preliminar de la Convención sobre jurisdicción y sentencias extranjeras en asuntos civil y mercantiles adoptado el 30 de Octubre de 1999 por la Comisión Especial en el contexto de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado excluye determinar la jurisdicción en el lugar donde ocurrieron los daños provocados por la infracción del Derecho antitrust. La opción de determinar la jurisdicción en base al lugar en el que el comportamiento anticompetitivo fue implementado permanece abierta. Las negociaciones sobre el borrador de Octubre de 1999 nunca fueron concluidas.



patrimonio total del perjudicado que debido a su domicilio debía localizarse en Austria. El TJUE rechazó este argumento al considerar que el dinero había sido transferido a Alemania por lo que el lugar en el que se había generado el daño era Alemania y no Austria ni Londres beneficiando así a las entidades financieras<sup>384</sup>. Según el Tribunal de Justicia, el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso también se define de forma restrictiva debido al carácter excepcional del art. 7.2 R. 1215/2012. Esta expresión no alcanza al lugar del domicilio del demandante en el que se encuentre el «centro de su patrimonio», *sólo por el hecho de que el demandante haya sufrido en ese lugar un perjuicio económico como consecuencia de la pérdida de una parte de ese patrimonio acaecida y sufrida en otro Estado contratante*<sup>385</sup>.

**109.** En aquellos casos en los que se haya perjudicado directamente los intereses económicos de la víctima habrá que acudir al lugar en el que se encuentra el interés económico concreto perjudicado. En el asunto *Torline* un armador danés quiso reclamar en el foro de su domicilio el daño causado por un sindicato sueco por paralizar uno de sus barcos que realizaba la ruta Göteborg (Suecia)- Harwich (Gran Bretaña). El TJCE concluye en esta ocasión que el domicilio del armador no bastaba para justificar que el daño se había sufrido en Dinamarca puesto que se necesitaban conexiones adicionales tales como por ejemplo registro del barco en Dinamarca<sup>386</sup>.

Por tanto, el foro del lugar en el que se ha materializado el daño, sólo se justifica por la cercanía de pruebas y la necesidad de tramitar el litigio de la forma más razonable posible por lo que no puede socavar el principio de *forum rei* en el domicilio del demandado<sup>387</sup>. De esta premisa se desprende que el lugar en el que ocurre el daño

---

<sup>384</sup> STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009, apdo. 20. G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht” en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

<sup>385</sup> STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009, apdo. 20.

<sup>386</sup> STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004 p. 1417.

<sup>387</sup> STJCE, 5 de febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004 p. 1417, apdo. 14. STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009, apdo. 20. G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht”, en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

directo al bien protegido es relevante mientras que el lugar de los daños secundarios carece de importancia a la hora de fijar la competencia judicial internacional<sup>388</sup>.

### **c) Daños plurilocalizados e Internet: *Edate, Wintersteiger, Pinckney***

**110.** El TJUE ha aprovechado los asuntos acumulados *eDate* para revisar la cuestión del lugar del hecho dañoso en el caso de la difamación en el contexto de Internet profundizando y matizando la doctrina *Shevill*<sup>389</sup>. Los dos casos acumulados se refieren a la vulneración de los derechos de la personalidad a través de la publicación de información supuestamente ofensiva publicada en medios digitales y de difusión en más de un Estado miembro. Las cuestiones planteadas por el *Bundesgerichtshof* alemán en un caso y por el *Tribunal de la Grande Instance* de París se refieren tanto a la acción de cesación como a la compensación por los daños generados por la vulneración. La primera de las cuestiones versa sobre la interpretación del “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso” recogida en el art. 7.2 R. 1215/2012 “cuando se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante los contenidos publicados en un sitio de internet”<sup>390</sup>. El TJUE insiste una vez más en la autonomía interpretativa del Reglamento remitiéndose a su sistema y objetivos<sup>391</sup>.

Así, la excepción del art. 7.2 R. 1215/2012 a la regla del domicilio del demandado se basa en la conexión particularmente estrecha entre la controversia y el tribunal del lugar en el que se hubiere producido el hecho dañoso, que justifica la atribución de la competencia por razones de buena administración de justicia y una sustentación

---

<sup>388</sup> G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellpfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“, en *IPRAX* 2005, pp. 509-516, p. 515.

<sup>389</sup> STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269.

<sup>390</sup> STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 37.

<sup>391</sup> STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 38 y STJCE, 16 Julio 2009, *Zuid Chemie*, C 189/08, *Rec.* 2009, p. 6917, apdo. 17. I. LORENTE MARTINEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet”, en *CDT*, 2012, Vol. 4, Nº 1 pp-277-301. Sobre la sentencia *Zuid Chemie* véase N. GOÑI URRIZA, “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el Art. 5.3. del R. 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009” en *CDT*, 2011 Vol. 3, Nº 1, pp. 290-295.

adecuada del proceso.<sup>392</sup> En este sentido, “el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” se refiere tanto al del hecho causal como al lugar donde se ha producido el daño puesto que ambos lugares *pueden constituir una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial, dado que cada uno de ellos puede según estas circunstancias proporcionar una indicación particularmente útil desde el punto de vista de la prueba y de la sustentación del proceso*<sup>393</sup>.

Continúa el TJUE resaltando la diferencia entre una publicación impresa convencional de carácter territorial en la que el editor se dirige a aquellos territorios en los que quiere publicar y una publicación en internet que se caracteriza precisamente por la ubicuidad de los contenidos que pueden ser consultados por un número desconocidos de internautas en cualquier lugar del mundo y con independencia del emisor y fuera de su control<sup>394</sup>. Así el carácter universal de internet bloquea el criterio relativo a la difusión de la doctrina *Shevill*. Por otra parte, el TJCE también reconoce que es difícil cuantificar la difusión en relación a un Estado concreto ni evaluar el daño sufrido en ese Estado miembro<sup>395</sup>.

El TJUE compara la dificultad de aplicación del criterio del lugar donde se ha producido el daño con la gravedad de la lesión del perjudicado cuya personalidad se puede ver dañada en cualquier lugar del mundo. Por ello concluye el tribunal que hay que adaptar la doctrina *Shevill*

*en el sentido de que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet puede acudir, en función del lugar en el que se haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño. Habida cuenta de que la repercusión de un*

---

<sup>392</sup> STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 40. STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie*, C 189/08, *Rec.* 2009, p. 6917, apdo. 24.

<sup>393</sup> STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. 2719, apdos. 20 y 21; STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, apdo. 41.

<sup>394</sup> STJCE, 7 marzo 1995, C-68/93 *Shevill*, *Rec.* 1995, p. 2719 apdos. 20 y 21; STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 42.

<sup>395</sup> STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 46. Véase al respecto: I. LORENTE MARTINEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet” en *CDT* 2012, Vol. 4, Nº 1 pp-277-301 y E. TORRALBA MENDIOLA, “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, en *InDret*, enero 2012, pp-1-37. Consultado por última vez el 13.04. 2012 en [http://www.indret.com/pdf/880\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf)

*contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de justicia*<sup>396</sup>.

**111.** El centro de intereses del perjudicado puede ser tanto su lugar de residencia como otros lugares cuando existan vínculos particularmente estrechos como es el lugar de ejercicio de una actividad profesional<sup>397</sup>. Por otra parte, el TJCE considera que este nuevo criterio es conforme con el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia respecto al demandado dado que éste conoce los centros de intereses de los perjudicados a la hora de publicar el contenido lesivo. Así, este criterio mantiene el balance al permitir que el demandante pueda fijar con facilidad el tribunal al que dirigirse mientras que el demandado puede prever razonablemente el tribunal ante el que podrá ser demandando<sup>398</sup>.

**112.** La sentencia *Wintersteiger* aunque también se refiera a Internet y daños plurilocalizados trata la vulneración de derechos de la propiedad industrial y no de la personalidad. Los derechos otorgados por una marca se refieren a un territorio concreto y no a todos por lo que el titular sólo puede invocar sus derechos en el lugar en el que se encuentre debidamente registrada la marca. El daño se produce en el Estado en el que se protege el derecho en cuestión<sup>399</sup>. Los tribunales del Estado en el que se encuentra el registro de la marca se encuentran en la mejor posición para evaluar la posible lesión. Ahora bien, la limitación territorial de la marca no limita la competencia judicial internacional en otros Estados basada en el lugar del hecho causal. El hecho generador de la eventual vulneración del derecho de marca reside, pues, en la conducta del

---

<sup>396</sup> STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 48.

<sup>397</sup> STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 49.

<sup>398</sup> STJUE, 25 noviembre 2011, *E-DATE*, C 509/09 y C 161/10, *Rec.* 2011, p. 10269, apdo. 50. STJCE, 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung*, C 533/07, *Rec.* 2009, p. 3327, apdo. 22 y STJCE, 12 mayo 2011, *BVG*, C-144/10, *Rec.* 2011, p. 03961, apdo. 33.

<sup>399</sup> STJUE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 27.

anunciante que recurre al servicio de referencias para su propia comunicación comercial. En este punto el TJCE vuelve al lugar de establecimiento del anunciante o leser por ser este el lugar en el que se desencadena el proceso de exhibición del anuncio y posible vulneración de derechos<sup>400</sup>.

El TJUE concluye que

*el art. 5, número 3, del R. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un litigio relativo a la vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso, por un anunciante, de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio nacional de primer nivel de otro Estado miembro puede someterse, bien a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentra registrada la marca, bien a los del Estado miembro del lugar de establecimiento del anunciante<sup>401</sup>.*

**113.** En la sentencia *Pinckney* el Tribunal de Justicia ha extrapolado la jurisprudencia *EDate* y *Wintersteiger* a los derechos patrimoniales de autor.<sup>402</sup> Los derechos patrimoniales están sujetos al principio de territorialidad por lo que pueden ser vulnerados en cada uno de los Estados en los que están protegidos. El Abogado General CRUZ VILLALÓN en el asunto *Hejduk* considera que la vulneración de derechos afines a los derechos de autor como puede ser la posibilidad de descarga de una fotografía desde una página web provoca daños *deslocalizados* cuya ubicación territorial y no admite determinación fiable de los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho causal. Por ello considera que en estos casos el criterio del lugar del daño es “inoperante” y los tribunales competentes deberán ser los del lugar del hecho causal<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> STJCE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 37.

<sup>401</sup> STJCE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10, apdo. 40.

<sup>402</sup> STJUE, 3 Octubre 2013, *Pinckney*, C 170/12.

<sup>403</sup> Conclusiones Abogado General Cruz Villalón, 11 Septiembre 2014, *Hejduk/ EnergieAgentur*, C 441/13.

#### **d) El lugar del hecho dañoso en los ilícitos Antitrust**

**114.** En los apartados anteriores se ha resumido la definición del lugar del hecho dañoso en relación a la contaminación medioambiental, publicaciones internacionales, Internet, mercados financieros internacionales etc. pero el TJUE hasta la fecha no se ha pronunciado sobre acciones derivadas de ilícitos Antitrust. En Diciembre de 2014 el Abogado General JÄÄSKINEN ha emitido su opinión respecto a esta cuestión que analizaremos a continuación.<sup>404</sup> Como veremos la localización del hecho dañoso también plantea una dificultad interpretativa de cierta complejidad como veremos a continuación. Además la falta de claridad y de seguridad en la definición del hecho dañoso en ilícitos Antitrust podría estar llevando a muchos demandantes a acudir al domicilio del demandado sin poder hacer uso de las opciones establecidas en este foro especial.

**115.** El lugar del hecho dañoso en ilícitos anticompetitivos se puede fijar a primera vista en dos lugares: Lugar donde se ha adoptado el acuerdo y lugar donde se ha implementado el acuerdo. Como lugar del hecho dañoso o *Tatort* se ha definido el lugar donde ocurre la colisión de intereses de los participantes en el mercado, que suele coincidir con el lugar del mercado afectado<sup>405</sup>. Esto se desprende del reconocimiento de la competencia de los Estados para determinar su constitución económica y el ordenamiento aplicable a los mercados que se encuentran dentro de su territorio. Asimismo el objetivo de la Competencia es satisfacer la demanda por lo que el lugar donde se encuentran sitios los compradores o consumidores del producto en cuestión será determinante. Siguiendo la doctrina de los efectos también se llega a esta misma conclusión.

---

<sup>404</sup> Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104.

<sup>405</sup> W. VELKEEN, "Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht", en J. BASEDOW (Coord.) *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max Planck Institut für Internationales Privatrecht*, , Tübingen, Mohr Siebeck 2001, pp. 293-316, p. 307.

Ahora bien, la disociación geográfica de los elementos del delito, que suele darse con frecuencia en los ilícitos Antitrust puede generar serias dificultades a la hora de determinar la competencia de los tribunales que deban conocer el asunto. Este tipo de delitos se conocen como *multistate torts* o delitos plurinacionales. Precisamente un cártel internacional se caracteriza por lo siguiente: Empresas que operan en varios estados ya sea directamente o a través de filiales, acuerdan con competidores de su jurisdicción o de otros estados fijar las subidas de precios, repartirse mercados o países o cualquiera de los supuestos recogidos por la normativa para la defensa de la competencia, nacional y europea. Cuando la conducta afecte al mercado de varios estados miembros las autoridades comunitarias serán competentes para determinar posibles sanciones etc. tal y como establece el R. 1/2003<sup>406</sup>. Como hemos visto, a pesar de lo anterior, las reclamaciones de empresas y particulares contra las conductas ilícitas por los daños y perjuicios sufridos deberán ser presentadas ante los tribunales nacionales.

**116.** ¿Cuales son los elementos delictuales del ilícito Antitrust a tener en cuenta para determinar la competencia de los tribunales?: ¿El acuerdo en cada domicilio social, las reuniones mantenidas por los miembros del cártel en sus domicilios, restaurantes, congresos o cualquier otro lugar en el que hayan quedado los miembros del cártel, su implementación desde la matriz central o por las diferentes filiales en los mercados afectados o el momento de la venta al comprador directo o al final? Todos ellos han podido tener lugar en sitios geográficamente distintos y en distintos países. Lo único que parece claro a primera vista es que nos encontramos ante un caso de *multistate tort* que afecta a las jurisdicciones de varios Estados. Este ejemplo no es puntual ni de laboratorio sino más bien el día a día de los ilícitos Antitrust sancionados por la Comisión Europea que luego pueden servir de base para las acciones por daños y perjuicios como hemos podido ver en los ejemplos citados en la Introducción.

Lo anterior nos muestra que estas acciones presentan los problemas más relevantes suscitados en torno al art. 7.2. R. 1215/2012 ya que estos ilícitos provocan:

---

<sup>406</sup> A. L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo, Tomo I Parte General*, La Competencia, Madrid, Colex 2009, p. 341.

1. Daños directos plurilocalizados cuando las conductas ilícitas afectan a los mercados de más de un Estado,
2. Afectan a víctimas indirectas,
3. Provocan daños indirectos cuando los daños directos, por ejemplo un sobreprecio es repercutido parcialmente a los consumidores finales o provocan la subida de precios de empresas ajenas al cártel y por último
4. también pueden adoptarse ilícitos a distancia que generan daños en territorios distintos a los del lugar del acuerdo.

Existen diversas teorías para solucionar los problemas citados y la jurisprudencia del TJUE desarrollada a partir de *Mines de Potasse d'Alsace* soluciona tan sólo parte de la discordia puesto que la localización del hecho generador del daño y del lugar donde se produjo el perjuicio sigue siendo motivo de controversia.

**117.** Tal y como hemos visto, las demandas por daños y perjuicios se pueden plantear en los tribunales del lugar del hecho dañoso de acuerdo con art. 7.2 R. 1215/2012 debido a la cercanía de pruebas y estrecha relación con el litigio. Para determinar este lugar, el TJUE ha desarrollado una serie de vías o reglas que podrían resultar aplicables a estos ilícitos que pueden ser a distancia o no.

El lugar del hecho dañoso puede estar en principio todos aquellos emplazamientos en los que el infractor haya podido realizar la actividad relevante o una parte de la acción delictual<sup>407</sup>. Cuando los hechos se compongan de varios elementos entonces cada uno de ellos contará siempre y cuando sean causales y el último elemento parcial no

---

<sup>407</sup> BGH, IPRspr. 2002, N° 107, p. 108, LG Kiel, en *IPRAX* 2009, p. 164-167. P. MANKOWSKI, “Art. 5 Brussels I Regulation”, apdo. 241, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, Munich, Sellier 2007. P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW*, 2012, pp. 797-807, p. 800.



interrumpa la causalidad anterior<sup>408</sup>. A continuación analizaremos los principales supuestos.

### **a' Lugar o lugares de adopción del acuerdo ilícito o decisión ilícita**

**118.** Parte de la doctrina sostiene que el lugar del hecho dañoso puede ser aquel en el que el acuerdo prohibido o decisión ilícita han sido adoptados<sup>409</sup>. La decisión o acuerdo del cártel, por ejemplo la concertación de precios es una actividad ya que los miembros del cártel se coordinan entre ellos y definen su comportamiento en los distintos mercados. Por tanto, el lugar en el que se adopta el acuerdo puede ser considerado como lugar del hecho dañoso<sup>410</sup>. Aunque puede que el lugar sea casual o que haya sido fijado conscientemente por los infractores, los hechos han sucedido en el lugar determinado por ellos.

---

<sup>408</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, "Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law", en *ZweR* 2006, pp. 1-26, p.18. J. BASEDOW, "Jurisdiction and applicable Law" en J. BASEDOW, *Private enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 229-250. J. BASEDOW, "Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht – Ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht", en FIW (Coord.), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft- 50 Jahre FIW 1960-2010*, Colonia, Heyman 2010, pp. 129-136. P. MANKOWSKI, "Art. 5 Brussels I Regulation", apdo. 228a, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, Munich, Sellier, 2007. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 94. H. I. MAIER, *Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang 2011, p. 129. De otra opinión D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Tübingen, Mohr Siebeck 2011, p. 110.

<sup>409</sup> J. FAWCETT, P. TORREMANS, "Intellectual Property in Private International Law" Oxford, OUP 1998, p. 424. P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193.

<sup>410</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, "Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law", en *ZweR* 2006, pp. 1-26, p.18. J. BASEDOW, "Jurisdiction and applicable Law" en J. BASEDOW, *Private enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 229- 250. J. BASEDOW, "Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht – Ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht", en FIW (Coord.), *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft- 50 Jahre FIW 1960-2010*, Colonia, Heyman 2010, pp. 129-136. P. MANKOWSKI, "Art. 5 Brussels I Regulation", apdo. 228a, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, Munich, Sellier, 2007; M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 94. H. I. MAIER, *Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011, p. 129.

**119.** En la cuestión prejudicial *CDC* o *Bleichmittel*, la demandante dirige su acción de daños y perjuicios contra diversos fabricantes de productos químicos que habían participado en el cártel de los peróxidos y perjudicado a una serie de empresas que han cedido sus derechos a la demandante<sup>411</sup>. Cinco de los seis demandados tienen su domicilio fuera de Alemania y la acción contra la demandada alemana se ha retirado antes de la vista una vez se ha fijado la jurisdicción. La demandante alega que el Tribunal de Dortmund es competente no sólo en virtud de los arts. 4 y 8.1 R. 1215/2012 sino también en base al art. 7.2 R. 1215/2012 puesto que parte de las reuniones del cártel tuvieron lugar en Alemania.

El tribunal de Dortmund resalta que en cárteles de larga duración con numerosas reuniones en distintos lugares, los posibles foros en cada lugar de adopción de acuerdos o reuniones podrían ser poco apropiados para conocer el caso por completo y el total del daño reclamado<sup>412</sup>. Aunque se diese la causalidad necesaria para una única infracción continuada prohibida por el art. 101.1 TFUE, el Tribunal pregunta si existe la conexión mínima necesaria con cada uno de los foros posibles.

**120.** Es cierto que esta determinación pierde entonces su sentido según el *Landgericht Dortmund* en su cuestión prejudicial<sup>413</sup>. Sin perjuicio de esto en cada uno de estos lugares se ha desarrollado una parte esencial del hecho generador del daño y estos lugares han sido fijados por los propios infractores por lo que no pueden considerarse completamente imprevisibles.

A este respecto y en otro contexto el TJCE ha definido una infracción del art. 101 TFUE como una conducta compuesta de dos elementos: La adopción del acuerdo o toma de decisión o práctica concertada y la implementación de éstos<sup>414</sup>. Si el lugar del hecho dañoso se refiriese a ambos lugares es decir el de la adopción del acuerdo y el de su implementación, entonces el demandante podría demandar en ambos lugares al

---

<sup>411</sup> Comisión Europea, 3 mayo 2006, COMP/F/38.620 – *Hydrogen Peroxide and Perborate*.

<sup>412</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O (Kart) 23/09, apdo. 31 y ss.

<sup>413</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O (Kart) 23/09.

<sup>414</sup> STJCE, 27 Septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7, 125-129/85, *Rec.* 1988, p. 5193, apdos. 16-18.

demandado. Los dos emplazamientos podrían considerarse como lugar del hecho dañoso a los efectos de fijar la jurisdicción de los tribunales. Así, la jurisdicción en el lugar en el que se ha adoptado el acuerdo coincidiría con los principios fijados por el TJCE para casos de difamación en la sentencia *Shevill*<sup>415</sup>.

En contra de esta definición se puede argumentar que puede resultar extremadamente complejo fijar el lugar en el que se ha adoptado el acuerdo y más aún probar los hechos en cuestión. Así, el lugar de adopción de un acuerdo puede ser fortuito y no estar relacionado con la práctica en sí o con su implementación. Como hemos visto, en muchas ocasiones los miembros de un cártel se reúnen y adoptan acuerdos ilícitos en terceros países precisamente para evitar a las autoridades de defensa de la competencia de sus países de origen o de los mercados que vayan a resultar afectados por la conducta. Puede que los miembros de un cártel que afecta al mercado alemán decidan reunirse en el aeropuerto de Zúrich, Suiza para evitar a las autoridades alemanas o austríacas<sup>416</sup>. Es conocido que el secretismo que rodea a un cártel o a una conducta ilícita dificultan la determinación del lugar del hecho dañoso puesto que los autores de la conducta tratan de evitar dejar pruebas que sirvan a las autoridades para acreditar la existencia de los hechos punibles. Tampoco se puede ignorar que el carácter complejo de este tipo de acuerdos y conductas también aumenta las dificultades fijar el lugar de adopción del acuerdo de forma clara y evidente. Los cárteles de larga duración consisten en distintas reuniones que tienen lugar en diferentes territorios. En cada reunión puede haberse adoptado por ejemplo, una subida de precios para un período de tiempo concreto o no y esto puede haber perjudicado al demandante en años sucesivos.

**121.** Del debate descrito se desprende que por lo menos en los casos relativos a cárteles de larga duración y con varios lugares en los que se haya adoptado el acuerdo, la definición actual con más de un lugar del hecho dañoso llevará la multiplicación de los posibles foros. Existe además el riesgo de que estos foros no presenten la conexión suficiente para que resulte apropiado conocer el caso.

---

<sup>415</sup> STJCE, 7 marzo de 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. 2719 apdos. 24 y 33.

<sup>416</sup> BkrtA, 28 enero 2011, B12/11/09 *Feuerwehrfahrzeuge*.

Las demandas basadas en infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE merecen un trato particular y diferenciado<sup>417</sup>. Esto se debe a que se trata de normas fundamentales que forman parte de la política de cada Estado miembro que provienen directamente del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por lo que su aplicación no está limitada a un solo Estado miembro. Por tanto, las cuestiones respecto al hecho que constituye la infracción y el lugar en el que ocurre deben de ser respondidas de acuerdo al Derecho de la Unión Europea. Aunque cada lugar en el que se haya adoptado el acuerdo o parte del mismo pueda ser relevante, el foro debería limitarse a aquellos lugares que presenten más nexos con la acción y el delito en cuestión.

### **b' Lugar de implementación del acuerdo o decisión anticoncurrencial**

**122.** El hecho delictual se completa cuando se implementa el acuerdo o abuso en un mercado concreto<sup>418</sup>. Por tanto, la implementación también es causal para el daño. La implementación no se compone tan sólo de la coordinación y control de las actividades relevantes como por ejemplo, reuniones o actividades en asociaciones sino que el mero intercambio de información sobre precios, cantidades, descuentos o similares pueden suponer actividades relevantes para la implementación del acuerdo<sup>419</sup>. La implementación también se da en el lugar en el que se traslada el precio acordado a la cadena de suministro o a un mercado concreto o en el lugar en el que se fija un precio en base a un acuerdo adoptado en otro lugar. En el caso de un reparto de mercado la actividad consistiría en respetar un mercado concreto dejando que actúen otros<sup>420</sup>.

Los tribunales británicos siguieron este criterio en la sentencia *Provimi* al afirmar que el acto de implementación es lo que podría provocar el daño a los demandantes<sup>421</sup>. Sin

---

<sup>417</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 93.

<sup>418</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 93.

<sup>419</sup> P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 802.

<sup>420</sup> P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW*, 2012, pp. 797-807, p. 802.

<sup>421</sup> UK H.C., 6 mayo 2003 *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited et. al.* 2003 EWHC 961, aptdo. 38. Comentario a la sentencia por F.W. BULST, "The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe" en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

embargo, en este asunto no se trata de forma particular el lugar en el que el hecho dañoso ha ocurrido. El *Landgericht Dortmund* en su sentencia sobre el cártel de las vitaminas del año 2005 tampoco valora el lugar de los hechos como lugar determinante a efectos de fijar su competencia judicial siguiendo la doctrina *Shevill*<sup>422</sup>. El lugar en el que se ha adoptado el acuerdo ilícito o el domicilio de otro cartelista son para el *Landgericht* irrelevantes ya que se basó en el *Erfolgsort* o el lugar del daño<sup>423</sup>.

#### **c' Domicilio de los infractores**

**123.** El lugar en el que las decisiones y acuerdos adoptados se transforman en decisiones empresariales de los distintos implicados también puede considerarse el lugar del hecho dañoso<sup>424</sup>. En el caso de grandes multinacionales participantes en un cártel transnacional el lugar en el que se adopta la decisión podrá ser el domicilio de la matriz que puede ser la que haya autorizado la consulta y ordenado a sus filiales implementarla. Fijar el foro en este lugar no supone un perjuicio para los demandados ya que este coincidiría con el foro del domicilio del demandado en base a los arts. 4 y 63 R. 1215/2012. Ahora bien, considerar que el domicilio es el único lugar en el que se ha implementado la conducta prohibida puede generar dificultades al privilegiar a los demandados bloqueando otros posibles foros y menoscabando el carácter de delito de mercado de este tipo de ilícitos<sup>425</sup>.

#### **d' Conclusiones del Abogado General JÄÄSKINEN**

**124.** JÄÄSKINEN adelanta a sus conclusiones que evitar la multiplicación de criterios de competencia judicial internacional respecto a una misma relación jurídica y garantizar la seguridad jurídica tanto de los demandantes como de los demandados

---

<sup>422</sup> G. MÄSCH, "Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht" en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

<sup>423</sup> El LG Dortmund no siguió los principios de *Kronhofer* y *Torline* en primer lugar porque su sentencia es anterior a las citadas. No obstante este tribunal ni siquiera entra a justificar su decisión al ignorar que el lugar en el que se daña el bien jurídico protegido y considera el lugar del patrimonio como el lugar relevante a efectos del art. 5.3. del R. 44/2001. G. MÄSCH, "Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht" en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 515.

<sup>424</sup> P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 802.

<sup>425</sup> P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 802.

mediante la posibilidad de prever con certeza el foro competente forman parte de los objetivos del R. 1215/2012<sup>426</sup>.

Los puntos de conexión arriba descritos deben de permitir determinar el tribunal que esté *objetivamente mejor situado para apreciar si se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada*. Debido a la duración y complejidad del cártel, los posibles foros se multiplican y no se puede fijar o localizar el hecho causante de los daños de forma previsible. Por ello JÄÄSKINEN considera que por analogía a la doctrina *Besix* el art. 7.2 R. 1215/2012 no puede aplicarse a un cártel de larga duración que ha restringido la competencia en el conjunto del territorio de la Unión Europea que ha provocado víctimas dispersas en un gran número de Estados de la Unión Europea.<sup>427</sup> De esta forma concluye que *los criterios jurisprudenciales de definición del “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” son inoperantes debido a la dispersión geográfica de las causas y efectos de los daños alegados*.<sup>428</sup>

Aunque a primera vista pueda parecer imposible determinar todos aquellos lugares, las supuestas víctimas se basarán en el caso de demandas *follow on*, como es el caso *Bleichmittel*, en la decisión sancionadora de la Comisión Europea. Esta decisiones describen entre otros aspectos la conducta ilegal, los hechos y lugares de adopción de los acuerdos ilegales, la forma de implementarlos así como los mercados afectados. A mayor abundamiento, el criterio de previsibilidad se cumple con más facilidad respecto a los demandados ya que ellos mismo decidieron reunirse o adoptar las conductas ilícitas en los lugares que determinar según su propia voluntad. Los propios miembros del cártel determinaron en que mercados actuar y cómo implementar sus acuerdos. Por lo tanto estos lugares sí pueden ser previsibles para los demandados. Los demandantes por el contrario tienen que poder basarse en las decisiones sancionadoras que probablemente recogerán los lugares en los que se adoptaron los acuerdos para poder determinar el lugar del hecho dañoso. En efecto, este criterio sí parece cumplir con los requisitos del R. 1215/2012 por lo menos en relación a las acciones *follow on*. En las acciones *stand alone* la supuesta víctima evitará de forma automática este criterio para

---

<sup>426</sup> Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104.

<sup>427</sup> Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104.

<sup>428</sup> Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 104. STJCE, 19 febrero 2002, *Besix*, C 256/00, *Rec.* 2002, p. 01699.

determinar el foro ya que seguramente no dispondrá de pruebas suficientes respecto a los hechos causantes del daño y tratará de optar por el lugar del daño o por el domicilio del demandado a falta de más información.

### **C) El lugar en el que el daño ha ocurrido o puede ocurrir**

#### **a) Daños en un solo Estado**

**125.** El lugar del resultado dañoso es aquel donde se produce el perjuicio material directo a la víctima directa, es decir el lugar donde el perjuicio se manifiesta de forma concreta o en el que se perjudica al bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido en el caso de las acciones por ilícitos Antitrust puede ser la funcionalidad del mercado y la libre competencia<sup>429</sup>. La conducta distorsiona y daña el mercado que es a su vez el bien jurídico principal lesionado y no el patrimonio de un perjudicado. El perjuicio económico que sufre el particular se puede considerar una consecuencia o reflejo del daño que se causa al mercado. Así el mercado afectado se convierte en un punto de conexión clave y adecuado por ser el más cercano al litigio en sí<sup>430</sup>.

**126.** Esta interpretación también se justifica con la conexión establecida por el art. 6.3.a R. Roma II que se basa en el mercado afectado para determinar el derecho aplicable. El lugar en el que se encuentre el patrimonio del perjudicado carece de relevancia. En la sentencia *Zuid Chemie*, el TJCE podría haber aprovechado para acercar la interpretación del art. 7.2 R. 1215/2012 a las normas de derecho aplicable al derecho internacional de los productos defectuosos. Aunque no haya empleado esta posibilidad, no se puede concluir que una interpretación cercana al R. Roma II deba ser rechazada en relación a los ilícitos Antitrust que disponen de una norma específica

---

<sup>429</sup> P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 804.

<sup>430</sup> P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 805.

dentro del R. Roma II. Es más, los considerandos nº 7 de los Reglamentos Roma I y II exigen una aplicación coordinada y consecuente de estos reglamentos y del R. 1215/2012.

No obstante, el TJUE en la sentencia *Kainz* resalta que *en ningún caso la congruencia pretendida puede llevar a interpretar las disposiciones del Reglamento nº 44/2001 de una manera ajena al sistema y a los objetivos de éste....Al respecto, debe recordarse que el sistema de atribución de competencias comunes, previstas en las disposiciones contenidas en el capítulo II del Reglamento nº 44/2001, se basa en la regla general, establecida en el artículo 2, apartado 1, de éste, según la cual las personas domiciliadas en el territorio de un Estado miembro están sometidas a los órganos jurisdiccionales de ese Estado, con independencia de la nacionalidad de las partes. Las disposiciones del capítulo II, sección 2, del Reglamento nº 44/2001 prevén la atribución de una serie de competencias especiales, entre las que figura la del artículo 5, punto 3, de dicho Reglamento, únicamente como excepción a la regla general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado*<sup>431</sup>. Ahora bien, *Kainz* se refiere a la fabricación de un producto defectuoso. En el caso que nos ocupa, el mercado afectado se encuentra en el lugar en el que se juntan oferta y demanda. Por lo anterior debemos analizar las soluciones propuestas por la doctrina y por los tribunales nacionales que se hayan podido pronunciar sobre estos aspectos:

### **a' Solución propuesta por la Doctrina**

127. Parte de la doctrina propone siguiendo la línea *Kronhofer* que la consecuencia de un acuerdo ilícito es la subida del precio y por tanto el lugar en el que se genera el daño es aquel en el que el perjudicado tiene su cuenta bancaria o paga el dinero. Esta opinión se considera ya obsoleta y la mayoría de la doctrina ha optado por centrarse en los efectos y por tanto por el lugar del mercado afectado<sup>432</sup>. Es más, probablemente después de *eDate* esta corriente saldrá más reforzada. Así, la persona

---

<sup>431</sup> STJUE, 16 enero 2014, *Kainz*, C 45/13, apdos. 19-21.

<sup>432</sup> G. MÄSCH, "Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht" en *IPRAX* 2005 pp. 509-516, p. 516.



que se encuentra en un lugar concreto debe ser protegida por el derecho de su domicilio, puesto que este derecho es el más próximo y más relacionado a la persona y su entorno. De esta forma, los Estados también consiguen garantizar la seguridad jurídica que les exigen sus constituciones. Asimismo, el TJCE en el asunto *Dumez* ha sostenido que el lugar en el que ha ocurrido el daño puede entenderse como “*el lugar en el que el hecho o evento causal que provoca la responsabilidad delictual o cuasidelictual produce directamente los efectos perjudiciales a la persona que es la víctima inmediata*”<sup>433</sup>.

**128.** Otra parte de la doctrina considera que el daño provocado por una infracción de la normativa europea Antitrust ocurre en el lugar de la pérdida económica directa del demandante por ejemplo el lugar en el que pierde la oportunidad de negocio.<sup>434</sup> Otros autores consideran que el lugar relevante es aquel en el que el demandante sufre la bajada de ventas<sup>435</sup>.

En los casos en los que el demandante alegue haber sufrido pérdidas por haber adquirido productos por un precio excesivo el daño relevante y directo se produce en el lugar en el que los bienes o servicios son adquiridos. Este podrá fácilmente coincidir con el domicilio del demandante<sup>436</sup>.

También se ha afirmado que limitar la jurisdicción a los tribunales del mercado afectado puede ser contrario al principio de equivalencia del Derecho de la Competencia Europeo<sup>437</sup>. Si la rentabilidad de una filial se ve afectada por un cártel ilegal, entonces la matriz que creó esa filial para entrar en el mercado afectado también ha sufrido el perjuicio. En estos casos, el daño económico directo habría ocurrido en el mercado afectado, esto es el mercado en el que opera la filial que implementa una conducta

---

<sup>433</sup> STJCE, 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. 49 apdo. 79-80.

<sup>434</sup> J. FAWCETT, P. TORREMAN, “Intellectual Property in Private International Law” en *OUP*, Oxford, 1998, p. 424.

<sup>435</sup> J. HILL, *International Commercial Disputes in English Courts*, 3ª ed. Oxford, Hart Publishing 2005, p. 154. J. FAWCETT, J.M CARRUTHERS, *Private International Law*, 14ª ed. OUP, Oxford, Hart Publishing 2008, p. 256.

<sup>436</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 95. U.K. H.C., *Provimi* (2003) EWHC 961, Comm, 2003 2, All ER (Comm) 683, 30.

<sup>437</sup> J. FITCHEN, “Allocating jurisdiction in private competition law claims within the EU”, en *MJECL* 2006, p. 398.

ilícita subiendo sus precios o fijando condiciones. Asimismo, no parece que el principio de efectividad justifique una interpretación más amplia del concepto de daño directo en casos relacionados con el Derecho Antitrust Europeo. Es más, una interpretación estricta y según los criterios establecidos por el TJCE a la hora de fijar la jurisdicción según el art. 7.2 1215/2012 no impide ni dificulta de forma excesiva el ejercicio del Derecho de la Competencia Europeo tal y como establece el principio de equivalencia<sup>438</sup>. Como hemos visto, la acción por daños y perjuicios por un ilícito Antitrust puede plantearse ante los tribunales del lugar en el que el acuerdo restrictivo o la conducta ilícita han sido implementados (como hecho generador del daño) y/o en el lugar en el que la filial que vende con sobreprecio (como lugar en el que ocurre el daño). Por último, la competencia judicial internacional también podrá fijarse en el domicilio del demandado según el art. 4 R. 1215/2012.

En este sentido no podemos olvidar el carácter excepcional del art. 7.2 R. 1215/2012 frente al principio rector del Reglamento, esto es el foro del demandado. Por ello, las excepciones deben de ser interpretadas de forma estricta. Finalmente el principio de equivalencia debe aplicarse a los conflictos entre las normas nacionales y el Derecho Comunitario Europeo y no para corregir la interpretación del TJCE de un Reglamento comunitario<sup>439</sup>.

## **b' Tribunales nacionales**

**129. Reino Unido:** En el asunto *Sandisk* el tribunal inglés negó su jurisdicción ya que las filiales inglesas de *Sandisk* no obtenían ingresos de la venta de los lectores MP3<sup>440</sup>. Ahora bien, el hecho de que *Sandisk UK Ltd* se constituyese para prestar servicios de marketing, distribución y promoción de los lectores de MP3 no significa

---

<sup>438</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 96. STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, Rec. 2006, p. 6619. STJCE, 10 julio 1997, *Palmisani*, C 261/95, Rec. 1997, p. 4025.

<sup>439</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 96.

<sup>440</sup> UK. H.C. *Sandisk Corp v Kominklijke Philips Electronics NV* (2007) EWHC 332 (Ch); (2007) Bus LR 705 (26).

que su negocio en el mercado inglés no se viese afectado por la conducta abusiva<sup>441</sup>. Sin perjuicio de esto el tribunal consideró que el perjuicio se causó a *Sandisk Delaware* que era la empresa que vendía los MP3<sup>442</sup>.

Si el tribunal hubiese identificado el lugar en el que el daño directo ocurre en asuntos derivados del Derecho Antitrust el resultado habría sido correcto. Para ello tendría que haber determinado si el mercado inglés estaba afectado por la supuesta conducta abusiva y si el negocio y o ventas se veían perjudicados en Inglaterra. Sin perjuicio del daño económico que surgiese en Delaware, el daño directo en el mercado afectado tendría que haber sido considerado como el elemento significativo a efectos jurisdiccionales ya que no se trata de la entidad que sufre el daño sino el lugar en el que se interfiere en un mercado<sup>443</sup>.

**130. Italia:** El *Tribunale di Monza* en el asunto *Candy v Schell and Stoecker Reinshangen* ha tratado esta cuestión en una reclamación delictual basada en la supuesta conducta anticompetitiva del demandado<sup>444</sup>. El demandante, una empresa italiana acusaba a una empresa alemana de prácticas anticompetitivas en Alemania con el objeto de expulsar a la demandante del mercado alemán. Así, alegó que el “lugar en el que el daño ocurre” significa el sitio en el que surgen las circunstancias perjudiciales y se traducían en la pérdida de negocio del demandante como consecuencia de la conducta anticompetitiva del demandado. Puesto que el daño tuvo lugar en Alemania el tribunal italiano se declaró no competente rechazando así el criterio del daño indirecto propuesto por el demandante<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 96.

<sup>442</sup> U.K. H.C. *Sandisk Corp v Kominklijke Philips Electronics NV* (2007) EWHC 332 (Ch); (2007) Bus LR 705 (30).

<sup>443</sup> M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 96 y los considerandos 16 y 17 así como los arts. 2 y 4.1 del R. Roma II.

<sup>444</sup> U.K. H.C. *Candy v Schell and Stoecker Reinshangen* Foro pad 1979, I, 225, citado y resumido en J. FAWCETT, H. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law*, Oxford, OUP 1998, pp. 424-425.

<sup>445</sup> J. FAWCETT, H. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law* en *OUP*, Oxford, OUP 1998, p. 425.

**131. Noruega:** La sentencia *Saba Molklycke v Procter & Gamble* dictada por los tribunales noruegos contiene una definición del lugar en el que tuvo lugar el daño económico directo en relación a demandas por competencia desleal<sup>446</sup>. La demanda fue iniciada con el objeto de obtener compensación por la disminución de las ventas de los productos del demandante en Noruega. La Corte de apelación de Tonsberg dictó que el hecho dañoso mencionado en el art. 7.2 R. 1215/2012 se puede referir al daño causado por prácticas desleales por lo que el daño, esto es la reducción de las ventas sucedió en Noruega tanto respecto a la causa como a los efectos de las prácticas. De este modo la reducción de las ventas en una demanda por competencia desleal se debe considerar como el efecto directo e inmediato. Aunque este asunto se refiera a competencia desleal sus conclusiones pueden aplicarse a acciones por daños y perjuicios provocados por un ilícito Antitrust<sup>447</sup>. Esta solución coincidiría a su vez con el criterio del mercado afectado establecido en el art. 6.3 R. Roma II.

## **c' Valoración**

**132.** La opción del lugar del daño no puede interpretarse de manera que lleve a que se permita un *forum actoris*<sup>448</sup>. Los problemas descritos se podrían evitar si se tiene en cuenta la definición europea del “Estado en el que daño ocurre o puede ocurrir” establecida en el R. Roma II. Según la definición recogida en el art. 6.3 y considerandos 21 y 23 del R. Roma II, el país en el que ocurre el daño o puede ocurrir en asuntos relacionados con el Derecho de la Competencia Europeo es el país en el que el mercado está afectado o puede estarlo. Aunque esta definición sirva para determinar el derecho aplicable al asunto nada impide que también se siga el mismo criterio a efectos

---

<sup>446</sup> Agder Lagmannsrett, Tribunal de apelación de Tonsberg, Noruega, *Saba Molnlycke AS v Procter & Gamble Scandinavia Inc* (1997) *ILPr* 704, para 12.

<sup>447</sup> M. DANOVI, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 98. J. HILL, *International Commercial Disputes in English Courts*, 3ª ed. Oxford, Hart Publishing 2005, p. 154.

<sup>448</sup> Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 50.

jurisdiccionales. Es más, el legislador comunitario nos ha indicado que las normas del R. Roma II deben de ser coherentes con el R. 1215/2012<sup>449</sup>.

Partiendo de la base que el R. 1215/2012 también pivota sobre el daño directo se podría argumentar que a efectos de determinar la jurisdicción el daño directo se produce en el país del mercado afectado<sup>450</sup>.

Por ello, el lugar en el que se encuentra el mercado afectado como lugar en el que ocurre el daño puede considerarse como un factor de conexión clave para determinar los tribunales competentes en base al art. 7.2 R. 1215/2012. Si se emplea este criterio como factor de conexión los tribunales que conozcan del asunto también estarán mejor posicionados para conocer de la demanda puesto que conocerán de primera mano el mercado afectado y el fondo de la demanda.

## **b) Daños plurilocalizados**

**133.** Cuando los daños se repartan en varios Estados se aplicaría la tesis del mosaico según la que el tribunal del Estado miembro tiene competencia según el art. 7.2 R. 1215/2012 para decidir sobre los daños que se hayan producido en su territorio sin poder disponer respecto a los daños producidos en otros Estados miembros. Si bien el TJCE no se ha pronunciado respecto a la aplicabilidad de la tesis del mosaico a daños provocados por ilícitos Antitrust, sí ha confirmado su validez en relación a otro tipo de daños en diversas sentencias<sup>451</sup>.

---

<sup>449</sup> Considerando 7 del R. Roma II. P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW*, 2012, pp. 797-807, p. 805.

<sup>450</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 97.

<sup>451</sup> STJCE, 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse*, C 21/76, *Rec.* 1976, p. 1735; STJCE, 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. 49; STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. 2719; STJCE, 19 septiembre 1995, *Marinari*, C 364/93, *Rec.* 1995, p. 415; STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion Européen*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. 6511; STJCE, 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/2000, *Rec.* 2002, p. 07357; STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/09, *Rec.* 2009, p. 06917; STJCE, 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis*, *Rec.* 1988, p. 5565 STJCE, 10 junio 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009, apdo 20.

No obstante, esta línea implica que el demandado deba enfrentarse a multitud de sistemas legales en todos los lugares donde su conducta hubiese provocado daños. Esto puede conllevar que se apliquen distintos derechos al fondo del asunto lo que provocaría inseguridad jurídica y falta de predictibilidad por lo que las actividades transnacionales podrían convertirse en un riesgo impredecible<sup>452</sup>. En el caso del Derecho Antitrust no habrá prácticamente incidencias puesto que el Derecho Comunitario determina los mínimos a cumplir que en el caso de los cárteles coincide normalmente con los Derechos de la Competencia nacionales. Asimismo los tribunales están obligados a respetar el art. 16 R. 1/2003 por lo que los mínimos a cumplir por las empresas en los distintos Estados no se diferencian. A pesar de que el TJCE haya limitado este abanico de posibilidades sigue quedando espacio para el *forum shopping*<sup>453</sup>.

**134.** En la cuestión prejudicial planteada por el *Landgericht Dortmund* en el asunto *Bleichmittel*, el tribunal alemán pregunta si una excepción a la Doctrina *Shevill* que permita reclamar la totalidad del daño ante un solo tribunal en cuyo foro haya tenido lugar una parte del daño es realmente necesaria para cumplir con el principio de efectividad. Según este Tribunal, esta opción abriría la puerta al *forum shopping* por parte de los demandantes que buscarían el foro más atractivo para reclamar la totalidad del daño sufrido. Además, el demandante siempre podrá acudir al foro del art. 4 R. 1215/2012<sup>454</sup>.

Ahora bien, el problema principal no radica sólo en la aplicación de numerosas normativas a los mismos hechos sino más bien en el desarrollo práctico y procesal de dicho litigio. Además, aunque se aplicase el derecho de un solo país el litigio seguirá siendo especialmente complejo. A mayor abundamiento la obtención de pruebas que acrediten los efectos en cada país puede ser especialmente compleja. Para poder calcular los daños sufridos en los distintos países habrá que llevar a cabo análisis de mercados en

---

<sup>452</sup>(nótese que estamos hablando de conductas ilícitas por lo que cabría preguntarse si el demandado merece una protección especial) B. HESS, (Coord.) *Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Munich, Beck 2008.

<sup>453</sup> A.KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised application of EC Competition Law by national courts*, Oxford, Hart Publishing 2008, p. 251.

<sup>454</sup> LG Dortmund, 29 april 2013, *Bleichmittel*, 13 O Kart en *WUW* 09/2013, p. 872 y ss, apdo. 35 y 36.

los mercados nacionales afectados que se basarán en documentos redactados en los idiomas de cada país. Asimismo los interrogatorios de testigos de distintos países también podrían resultar necesarios. Si bien el Derecho de la Unión Europea ha facilitado la obtención de pruebas de otros Estados miembros siguen existiendo dificultades sustanciales.

Las dificultades de este tipo son por tanto abundantes y provocan que los demandantes dividan sus demandas y demanden en cada Estado por lo que la situación a día de hoy es insatisfactoria.

JÄÄSKINEN propone que en el caso de daños derivados de un cartel de larga duración se deberá tener en cuenta todos los lugares en los cuales el mercado se haya visto afectado por la infracción del art. 101 TFUE dado que la finalidad de esta norma es salvaguardar el buen funcionamiento de la actividad económica. Los criterios del R. 1215/2012 deberían en su opinión basarse en el art. 6.3 R. Roma II aunque sus conclusiones se refieran principalmente al lugar del hecho dañoso.<sup>455</sup>

## **D) Atribución de las actuaciones de otros implicados o demandados**

### **a) Actos de otros miembros del cártel**

**135.** En principio los actos cometidos voluntariamente de forma conjunta podrán ser atribuidos al resto de los miembros del cártel. El art. 7.2 R. 1215/2012 no se limita a los actos del infractor sino que se refiere a todos los actos de los que pueda ser responsable<sup>456</sup>. Esto no supone una colisión con el art. 8 R. 1215/2012 ni permite una concentración en el lugar en el que el infractor principal desarrolle su actividad. Tampoco existe riesgo de *forum shopping* excesivo ya que sólo se le podrán exigir responsabilidades en aquellos lugares en los que hayan desarrollado sus actividades de

---

<sup>455</sup> Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 9.

<sup>456</sup> P. MANKOWSKI, "Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten" en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 803.

forma voluntaria y consciente<sup>457</sup>. No obstante, el TJUE ha aclarado en la sentencia *Melzer /MF Global* que el art. 7.2 R. 1215/2012 *no permite determinar, en virtud del hecho generador imputado a uno de los presuntos autores de un daño que no es parte en el litigio, una competencia jurisdiccional frente a otro presunto autor de dicho daño que no actuó en el ámbito competencial del órgano jurisdiccional que conoce*<sup>458</sup>.

Por tanto, para que el art. 7.2 R. 1215/2012 pueda servir para determinar la competencia del tribunal la empresa cuyo domicilio sirva de nexo deberá ser parte del litigio y deberá haber actuado en el ámbito competencial del tribunal al que se ha acudido.

**136.** En el asunto *Bleichmittel*, se plantea una situación similar ya que la demandante *CDC* ha retirado la demanda contra la empresa cuyo domicilio había servido para fijar la competencia judicial internacional de los tribunales de Dortmund. A diferencia de otros en este caso parte de los hechos generadores del daño han tenido lugar en Alemania y el resto de empresas demandadas habían actuado en Alemania por lo que se cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia *Melzer*<sup>459</sup>.

#### **b) Atribución de otras empresas del grupo, concepto de *undertaking***

**137.** También cabe la atribución de los actos de personas jurídicas dentro del mismo grupo empresarial en base al concepto comunitario *undertaking*. El Derecho de la Competencia Comunitario se basa en el concepto de *undertaking* para determinar el sujeto actor de una infracción<sup>460</sup>. Por *undertaking* se puede entender un grupo de empresas que actúa como una unidad económica pudiendo incluso romper con los principios de separación entre sociedades mercantiles establecidos por los distintos

---

<sup>457</sup> P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 803.

<sup>458</sup> STJUE, 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global*, C 228/11, apdo. 41.

<sup>459</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O Kart en *WuW*, 09/2013, , pp. 872 y ss.

<sup>460</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damage Actions in EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7033.



ordenamientos societarios y mercantiles de cada Estado miembro<sup>461</sup>. Esta opción fue seguida por la *Court of Appeal* de Inglaterra y Gales en el asunto *Provimi* pero en relación a los arts. 4 y 8 R. 1215/2012 para fijar su foro. No obstante, el Derecho Internacional Privado sí respeta la separación entre las distintas sociedades que pueda haber en un grupo por lo que la atribución debería ser posible desde la perspectiva delictual en aquellos casos en los que las distintas sociedades hayan actuado de forma conjunta y consciente tal y como se ha resaltado en la sentencia *Cooper Tire* ante los tribunales ingleses y coincidiendo con la interpretación de la Comisión Europea<sup>462</sup>.

### **E) Las acciones de víctimas indirectas, *passing on* y efecto paraguas**

#### **Perjudicados indirectos y ataque *passing on*:**

**138.** En los anteriores párrafos se ha puesto de manifiesto que el art. 7.2 R. 1215/2012 se fija en base a los daños directos y no a los indirectos. Por tanto el foro del art. 7.2 R. 1215/2012 no está abierto a personas que experimenten un daño indirecto como consecuencia del daño causado a otra persona<sup>463</sup>. Aquí se debe diferenciar entre las víctimas indirectas en el sentido del Derecho Internacional Privado, y las víctimas indirectas en el sentido del Derecho Antitrust.

Las primeras sufren un perjuicio causado por el cártel de forma completamente indirecta, por ejemplo, la bajada de las ventas de un proveedor de una empresa que no participa en el cártel. Estos perjuicios son ajenos al hecho dañoso desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado por lo que en principio no tendrían cabida dentro del

---

<sup>461</sup> UK H.C., *Provimi*, EWHC 961, Comm, 2003 2 All ER (Comm) 683, 30.

<sup>462</sup> C. A. UK, *Cooper Tire & Rubber*, EWCA Civ 864, 34 P. MANKOWSKI, “Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW* 2012, pp. 797-807, p. 804.

<sup>463</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p.650.

foro que otorga el art. 7.2 R. 1215/2012<sup>464</sup>. Permitir el art. 7.2 R. 1215/2012 en el lugar en el que ha tenido lugar el daño indirecto supondría crear un foro del domicilio del actor que es completamente injustificado e imprevisible para el demandado y supone la vulneración de la idea inspiradora del Reglamento.

Las víctimas indirectas según el Derecho Antitrust son aquellas a las que el comprador directo les ha trasladado el sobreprecio y por tanto les ha trasladado el daño o parte del mismo<sup>465</sup>. Este tipo de perjudicados, en muchas ocasiones consumidores sí podrán considerarse víctimas directas si el sobreprecio les ha sido trasladado por completo<sup>466</sup>. Estos perjudicados tendrán que emplear el ataque *passing on* y probar que el sobreprecio les ha sido repercutido no sólo en relación al daño sino también para fijar la jurisdicción.

### ¿Efectos Paraguas?

139. El asunto *Kone* resuelto recientemente por el TJUE presenta una nueva derivada: Se trata de una cuestión prejudicial planteada por los tribunales austriacos sobre el posible alcance de las acciones de resarcimiento.<sup>467</sup> El TJUE considera que estas acciones deben *en determinados casos* de incluir los daños sufridos por compradores de empresas que no hayan participado en el cártel pero que hayan aprovechado el cártel para subir sus precios (precios paraguas). El TJUE concluye en particular lo siguiente:

*El artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación y a una aplicación del Derecho interno de un Estado miembro*

---

<sup>464</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p.650.

<sup>465</sup> Libro Blanco, S. 2.1. A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I. Parte General, La Competencia, Madrid, Colex 2009, pp. 610-611.

<sup>466</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p.650.

<sup>467</sup> STJUE, 5 junio 2014, *Kone*, C 557/12.

*consistente en excluir de manera categórica, por motivos jurídicos, que empresas participantes en un cártel respondan civilmente por los daños resultantes de los precios que una empresa no participante en dicho cártel ha fijado, teniendo en cuenta la actuación de dicho cártel, en un nivel más elevado que el que habría aplicado de no existir el cártel.*

Así, los perjudicados por una subida de precio realizada a la sombra del cártel podrían en algunos casos reclamar añadiendo mayor complejidad a las constelaciones posibles. En estos casos la determinación del foro será más compleja aún por lo que en caso de duda el demandante se verá abocado al domicilio del demandado para evitar inseguridad y costes adicionales ante otros posibles tribunales.

#### **F) Torpedos y Acciones declarativas negativas**

**140.** El reciente caso *Folien Fischer / Ritrama* ha abierto el foro del art. 7.2 R. 1215/2012 a acciones declarativas negativas aumentando así las variantes. En este asunto, el TJCE contesta una cuestión prejudicial relacionada con el art. 7.2 R. 1215/2012 incluyendo las acciones declarativas negativas dentro del ámbito de aplicación<sup>468</sup>. *Folien Fischer AG* y *Fofitec AG*, ambas con domicilio en Suiza, demandaron a *Ritrama SpA* domiciliada en Italia ante los tribunales alemanes solicitando se declare que la demandada no puede obtener ningún derecho derivado de una obligación extracontractual de ambas compañías suizas que hubiesen podido cometer ni sobre la base de las prácticas comerciales de *Folien Fischer* ni por razón de la negativa de *Fofitec* a concederle licencias de sus patentes. Las empresas suizas han buscado la jurisdicción más rápida en lugar de la más lenta además de otras consideraciones estratégicas, por lo que podemos hablar de un típico caso de *rush to the courts*.

En aquellos casos en los que los hechos o fundamentos de derecho relacionados con la acción declarativa negativa justifiquen una conexión con el Estado en el que, o bien ha

---

<sup>468</sup> STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer AG*, C-133/11.

sobrevenido el hecho causal o bien se ha producido o puede producirse el daño, el tribunal de uno u otro de esos lugares podrá declarar válidamente su competencia con independencia de si tal acción ha sido ejercitada por la presunta víctima de un acto ilícito o por el deudor potencial<sup>469</sup>. De esta forma, los participantes de un cártel pueden presentar su acción declarativa ante un foro que les resulte más interesante que el ofrecido por el R. 1215/2012 ampliando así sus opciones de torpedear o dificultar posibles acciones por daños y perjuicios.

## 11. Alcance territorial de la competencia judicial internacional de los tribunales

**141.** En la sentencia *Sandisk*, el tribunal inglés consideró que su jurisdicción en base al hecho dañoso tendría un alcance internacional mientras que si la jurisdicción se basaba en el daño relevante, su alcance sería nacional<sup>470</sup>. Esto puede generar confusiones con la causa de la acción que se compone de elementos comunitarios y nacionales<sup>471</sup>.

En primer lugar se debe determinar si ha habido una infracción de los arts. 101 y/o 102 TFUE según los criterios establecidos por el derecho comunitario. En segundo lugar el derecho nacional se encargará de la responsabilidad delictual de la entidad demandada<sup>472</sup>. Si se aplicase la doctrina *Shevill* a acciones por ilícitos Antitrust podrían surgir problemas de jurisdicción en las demandas *stand alone* presentadas ante los tribunales del Estado miembro en el que ocurrió el daño. En consecuencia, los tribunales podrían tener dificultades a la hora probar y analizar la infracción de los arts. 101 y 102 TFUE puesto que para ello deberá existir un efecto en el mercado entre los Estados miembros por lo que habrá un impacto en la economía transfronteriza que

---

<sup>469</sup> STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer AG*, C-133/11, aptdo. 52.

<sup>470</sup> UK H.C. *SanDisk Corp v. Koninklijke Philips Electronics NV*, EWHC 332, 2007 LR 705 (25). Véase también: STJCE, 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, Rec. 1995, p. 2719.

<sup>471</sup> M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 99.

<sup>472</sup> M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 99.

afectará a un mínimo de dos Estados miembros. En este caso surge la siguiente pregunta: ¿Puede el tribunal cuya competencia está limitada a los daños sufridos en su territorio determinar si el demandado ha infringido los arts. 101 y 102 TFUE cuyo ámbito de aplicación va más allá del territorio del tribunal? De hecho, en base al art. 1 R. 1/2003 y a los propios 101 y 102 TFEU se puede defender que el tribunal no limitará su decisión a los hechos y consecuencias que han tenido lugar en su territorio<sup>473</sup>. De estas normas se desprende claramente que las conclusiones del tribunal de un Estado miembro sobre una infracción del Derecho Antitrust Europeo no deben de estar limitadas al territorio de un solo Estado miembro.

## 12. Ámbito Extracomunitario

### A) Lugano

**142.** El Convenio de Lugano sirvió para extender el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas I de 1968 a Noruega, Islandia y Suiza, es decir Estados que forman parte de la Asociación Europea de Libre Comercio a excepción de Liechtenstein. Después de la aprobación del R. 44/2001 se ha tratado de revisar este Convenio adaptándolo a las reformas que incluye el R. 44/2001 respecto al antiguo Convenio de Bruselas I de 1968 y ha entrado en vigor el 1 de enero de 2010 para la Unión Europea mientras que en el caso de Suiza ha entrado en vigor un año más tarde<sup>474</sup>. En cualquier caso, las normas de competencia judicial internacional son las

---

<sup>473</sup> M. DANOVI, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 99. *Art. 1 del Reglamento 1/2003: Aplicación de los arts 81 y 82 del Tratado:*

1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del art. 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del art. 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

3. La explotación abusiva de una posición dominante contemplada en el artículo 82 del Tratado está prohibida, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

<sup>474</sup> Islandia a día de hoy no ha ratificado el Convenio:

<http://www.consilium.europa.eu/App/accords/Default.aspx?command=details&id=297&lang=en&aid=2007081&doclang=en> (consultada por última vez 22.02.2011).

mismas. Ahora bien, sus normas de Derecho de la Competencia pueden ser distintas a las aplicables dentro de la Unión Europea.

Aunque el TJCE no sea competente para interpretar el Convenio de Lugano, los Estados Contratantes intentan seguir una línea uniforme a través del intercambio de información y de la obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otros Estados parte del Convenio.<sup>475</sup>

## **B) Dinamarca**

**143.** El R. 1215/2012 no se puede aplicar a demandados domiciliados en Dinamarca puesto que a efectos de cooperación judicial civil Dinamarca no se considera Estado miembro. Sin perjuicio de lo anterior la Unión Europea y Dinamarca han ratificado el Acuerdo entre la CE y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005<sup>476</sup>. Gracias a este Acuerdo las disposiciones del R. 1215/2012 también serán aplicables a Dinamarca.

## **C) Terceros Estados**

**144.** En aquellos casos en los que la empresa demandada no se encuentre domiciliada en un Estado miembro ni en los Estados parte del Convenio de Lugano ni en Dinamarca la competencia judicial internacional se determinará en base a las normas Derecho Internacional Privado del Estado en el que resida la demandada<sup>477</sup>.

---

<sup>475</sup> Protocolo nº 2 y declaraciones adjuntas al Convenio. R. GIL NIEVAS, Litigación civil internacional por Daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia, en *RDCD*, nº 4 2009, pp. 137-165, p. 159.

<sup>476</sup> R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por Daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia”, en *RDCD*, nº 4 2009, pp. 137-165, p. 159. Acuerdo entre la CE y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005, DOUE L 299, 16 de noviembre de 2005.

<sup>477</sup> R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por Daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia”, en *RDCD*, nº 4 2009, pp 137-165, p. 160.

### 13. Conclusiones

**145.** En el contexto que nos ocupa dependiendo de la conducta ilícita los demandantes que opten por el art. 7.2 R 1215/2012 podrían escoger entre los siguientes foros:

- el domicilio del infractor que coincidiría con la norma general del domicilio del demandado,
- en cualquiera de los lugares en el que se haya acordado la infracción distintos del domicilio del demandado
- y por último el lugar en el que la víctima sufre el daño directo.

Las dos primeras opciones se refieren al daño total mientras que la tercera estaría limitada al daño sufrido localmente. Si la segunda se basa en el lugar en el que se ha adoptado un acuerdo o parte del mismo las posibilidades del foro podrán ser fortuitas y de difícil previsibilidad para los posibles demandados. En muchos de estos casos el tribunal del foro puede no coincidir con el mercado afectado por la conducta.

En el caso de las acciones *stand alone* los tribunales deberán determinar si el demandado ha infringido los arts. 101 o 102 TFUE en virtud del R. 1/2003 pero no podrán decidir sobre el daño sufrido en otros Estados miembros si el demandante opta por la tercera de las opciones el foro del hecho dañoso.

Es evidente que la doctrina *Shevill* es de difícil aplicación a acciones provocadas por ilícitos Antitrust europeos. De hecho, la doctrina *Shevill*, se refiere a infracciones del derecho nacional y no del Derecho Europeo.

De lo anterior se desprende que la gran cantidad de variantes existentes convierten este foro en imprevisible además de complejo en su aplicación y de fragmentar los litigios en lugar de facilitar su resolución ante el foro más apropiado.

**146.** El R. 1215/2012 también se basa en el daño directo como punto de conexión cercano y apropiado. Por ello, se debería considerar el mercado afectado como factor de

conexión clave más que el lugar en el que se reúnen los miembros de un cártel para fijar sus precios.<sup>478</sup> Los tribunales del mercado afectado conocerán de primera mano los efectos de la conducta en su foro y la forma en que se ha podido generar el daño generado. Esta interpretación también iría en línea con la acumulación del daño que permite doctrina del centro de intereses *E-Date* establecida para la vulneración de los derechos de la personalidad en internet.

**147.** Finalmente la admisión de las acciones declarativas negativas dentro de este foro facilita las acciones torpedo que busquen dificultar posibles demandas. De esta forma se roba efecto al Derecho Primario de la Unión al limitar las posibilidades de compensación de las víctimas de un ilícito Antitrust.

---

<sup>478</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 97.



### III. EL FORO DE LA CONEXIDAD

#### 1 Planteamiento

**148.** Además de las normas de jurisdicción descritas, el demandante podrá hacer uso de las normas existentes en el R. 1215/2012 que buscan evitar procedimientos paralelos o sentencias inconciliables. Estas normas pueden jugar un papel esencial en aquellas demandas con pluralidad de demandados y varios Estados miembros afectados.

El art. 8.1. R. 1215/2012 establece que *las personas domiciliadas en un Estado miembro también podrán ser demandadas: 1) si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.*

Esta norma regula el litisconsorcio pasivo, que sirve para unir las acciones frente pluralidad de demandados en el foro de uno de ellos. El litisconsorcio pasivo es especialmente útil para aquellas demandas que se sigan contra los miembros de un cártel, y así lo está demostrando la práctica en algunos Estados miembros como Gran Bretaña, Finlandia, Países Bajos, Austria o Alemania. Gracias a la centralización de las disputas frente a todos los demandados ante un solo foro se consigue evitar sentencias irreconciliables en distintos Estados miembros además de mejorar la economía procesal<sup>479</sup>.

---

<sup>479</sup> P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerichtstand der Streitgenossenschaft aus Art. 6, Nr. 1 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten“ en *WuW* 2012, p. 947. M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss*, 2013, p.1.

**149.** Como veremos, las demandas no tienen porqué tener la misma base jurídica, puesto que el objetivo de la norma es evitar sentencias irreconciliables<sup>480</sup>. La relevancia de esta disposición en casos en los que el mercado afectado alcance a distintos territorios también se refleja en el art. 6.3.b R. Roma II que ofrece una solución para la centralización del derecho aplicable, y sugiere que en estos casos la *lex fori* determinará la compensación de los daños uniendo así foro y derecho aplicable.

El art. 8.1. R. 1215/2012 ha acompañado a las acciones por ilícitos Antitrust contra los miembros de un cártel desde las primeras demandas planteadas en Europa contra el cártel de las vitaminas<sup>481</sup>.

Así, los demandantes contra el cártel de las vitaminas hicieron uso de esta norma para unir sus demandas ante los tribunales de Londres<sup>482</sup>. Y también ha servido para unir ante un solo tribunal las demandas contra los miembros de diversos cárteles que afectan a numerosos mercados y producto como el del caucho, tubos de cobre, cristal de vehículos, ascensores, peróxidos, parafinas, transporte aéreo, pantallas LCD o raíles planteados ante los tribunales de Londres u otros tribunales Europeos<sup>483</sup>.

---

<sup>480</sup> STJCE, 11 octubre 2007, *Freeport*, C 98/06, Opinion del A. G. Mengozzi, *Rec.* 2007, p. 08319, apdo. 43.

<sup>481</sup> M. WILDERSPIN, "Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6 (I), 23,27 and 28 in Antitrust Litigation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 41-59.

<sup>482</sup> M. WILDERSPIN, "Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6 (I), 23,27 and 28 in Antitrust Litigation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 41-59. R. GIL NIEVAS, "Litigación civil internacional por Daños derivados de infracciones del Derecho de la Competencia", en *RDCD*, nº 4 2009, pp. 137-165, p. 160.

<sup>483</sup> Por citar sólo ejemplos conocidos para establecer la competencia internacional de los tribunales de Londres o, de Alemania, Austria, Finlandia y Holanda: UK C.A. *Provimi vs. Aventis* 2003, EWHC 961; UK. C.A. *Devenish Nutrition vs. Sanofi Aventis*, 2007, EWHC 2394 y 2008 EWCA Civ 1086, *Cooper Tire vs. Shell Chemicals*, 2009, EWHC 2609 y 2010 EWCA Civ 864, *Toshiba Carrier vs. KME* 2011, EWHC 2665 y 2012 EWCA Civ 1190; *Nokia Corporation vs. AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, EWHC 731 (Ch); UK H.C. *Bord Na Mona vs. BPI*, 2012 EWHC 3346, UK C.A. *Deutsche Bahn vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*, 2013, CAT 18; UK. C.A. *Deutsche Bahn AG. & Ors. Contra Morgan Advanced Materials Plc & Ors.* 2013 EWCA Civ 1484. Sentencia de la corte de distrito de la Haya, C 09/414499/HAZA 12-293, LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O Kart 23/09, *WUW* 09/2013 p. 872 y ss; OHG, Austria, 14 febrero 2012, *Aufzüge* 5 Ob 39/11p. Sentencia de la Corte de distrito de Helsinki de 4 de julio de 2013. Resumen en inglés disponible en: <http://www.carteldamageclaims.com/Presse/130717%20Press%20release%20judgment%20Helsinki%20District%20Court%20HP%20Cartel%2004%20July%202013.pdf> <http://www.carteldamageclaims.com/Hydrogen%20Peroxide.shtml>. Comisión Europea, 3 mayo 2006, COMP/F/38.620, *Hydrogen Peroxide and Perborate*.

**150.** Entre los ejemplos anteriores destacan los casos planteados ante los tribunales londinenses, y esto muestra que el sistema legal inglés es especialmente favorable para este tipo de acciones<sup>484</sup>. Así, los demandantes aprovechan los domicilios de las empresas cartelistas o sus filiales en Gran Bretaña para demandar ante sus tribunales en la forma que describiremos a continuación. Además, existe una larga tradición y una serie de precedentes que están sirviendo para fomentar este foro como preferido para las acciones de daños y perjuicios por ilícitos Antitrust<sup>485</sup>.

**151.** Desde la perspectiva de las acciones por ilícitos Antitrust se plantean dos problemas: el domicilio de uno de los demandados, su vinculación en la conducta ilícita y su responsabilidad y, por otro lado, la relación de las diversas demandas.

En este sentido, el art. 8.1. R. 1215/2012 debe interpretarse dentro del Reglamento y el sistema que establece. Este conjunto normativo se basa en el foro del domicilio del demandado y sólo se podrá acudir a otros foros en casos concretos en los que sea más apropiado conocer el caso ante un foro distinto del domicilio del demandado<sup>486</sup>.

El art. 8.1. R. 1215/2012 plantea una regla especial al arrastrar a otros demandados al domicilio de uno de ellos. Aunque para interpretar el alcance del concepto de conexidad se pueda acudir a la definición recogida en el propio Reglamento, es necesario resaltar que el grado de conexidad deberá ser mayor para el art. 8.1. R. 1215/2012. El art. 30 R. 1215/2012 sólo sirve para suspender el procedimiento, mientras que el art. 8.1 R.

---

<sup>484</sup>R. WHISH, “Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 155-166, p. 162. C. COOK, “Developments in European and UK Cartel Damages Litigation”, en A. FONT I RIBAS, S. GÓMEZ TRINIDAD, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona 2013, pp. 17-28, p. 26.

<sup>485</sup>C. COOK, “Developments in European and UK Cartel Damages Litigation”, en A. FONT, I RIBAS, S. GÓMEZ TRINIDAD, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona 2013, pp. 17-28, p. 26.

<sup>486</sup>M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss* 2013, p.2. STJUE, 12 diciembre 2012, *Solvay*, C 616/10, apdo. 21; STJUE, 1 diciembre 2011, *Painer*, C-145/10, *Rec.* 2010, p. 12533, apdo. 74; STJCE 11 Octubre 2007, C 98-06, *Freeport*, *Rec.* 200 I 08319, apdo. 34; STJCE, 13 julio 2006, C 103/05, *Reisch Montage*, *Rec.* 2006 06827, apdo. 22.

1215/2012 obliga a un demandado a seguir un litigio en un lugar distinto de su domicilio<sup>487</sup>.

La interpretación teleológica nos exige por los motivos arriba indicados una definición conservadora, por lo que aspectos materiales no deberían tener una gran influencia interpretativa<sup>488</sup>.

El fomento del *Private Enforcement* no serviría para justificar una interpretación amplia<sup>489</sup>. Ahora bien, lo que sí podría justificar un foro concreto es la cercanía de pruebas y de los hechos al foro escogido<sup>490</sup>.

## 2. Origen e integración dentro del Derecho Internacional Comunitario

152. El origen de la norma también sirve para interpretar el alcance y objeto del litisconsorcio pasivo según el R. 1215/2012. Así, el informe *Jenard* que acompaña al R. 44/2001 tan sólo cita la responsabilidad solidaria como único ejemplo del art. 6.1 R. 44/2001 sin indicar los motivos para ello<sup>491</sup>.

Sin perjuicio de esto, el Derecho Delictual Internacional regulado en el R. Roma II puede servir para acotar el alcance del art. 8.1 R. 1215/2012<sup>492</sup>. El art. 15 a R. Roma II define el alcance de la responsabilidad de las personas demandadas al determinar que el

---

<sup>487</sup> STJUE, 1 diciembre 2011, *Painer*, C 145/10, *Rec.* 2011, p. 12533. M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss* 2013, p.2.

<sup>488</sup> M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss* 2013, p.3.

<sup>489</sup> M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss* 2013, p.3.

<sup>490</sup> No obstante, la teoría del *forum connexitatis* estadounidense no asegura una interpretación correcta ya que el nexo jurídico no significa que haya cercanía de hechos y pruebas. Por este motivo, la doctrina de los *minimum contacts* exige que además del nexo jurídico existan contactos mínimos del objeto del litigio al foro como son las pruebas o los hechos. Véase al respecto M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss*, 2013, p.3. H. BUXBAUM, R. MICHAELS, “Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law- A US Perspective”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation- Conflicts of Law and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 225, p. 230.

<sup>491</sup> M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss* 2013, p.8.

<sup>492</sup> M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss* 2013, p.8.

derecho aplicable también alcanza a la responsabilidad. Por tanto, en las acciones por ilícitos Antitrust el derecho aplicable del mercado afectado, definido en base al art. 6.3 R. Roma II, también determinará el grado de responsabilidad de otras empresas implicadas en la infracción. Si el demandante dirige su acción contra una empresa que hubiese actuado de forma directa como demandado ancla y contra otras empresas como responsables solidarios, se tratará de la responsabilidad de los implicados por unos hechos comunes por lo que la conexidad se da de forma prácticamente ideal<sup>493</sup>. El grado de responsabilidad carece de relevancia a los efectos del art. 8.1. R. 1215/2012 y esto ha llevado a establecer como demandados ancla a los agentes menos relevantes del cártel o filiales ajenas al mismo<sup>494</sup>.

Finalmente, si el actor se dirigiese contra uno sólo de los demandados e ignorase al resto, puede que el demandado trate de arrastrar al resto de miembros del cártel al procedimiento como responsables solidarios de los mismos hechos y daños.

### 3. Domicilio de uno de los demandados: ¿Quién es el demandado ancla?

**153.** El art. 8.1 R. 1215/2012 contiene una primera limitación frente a posibles abusos, al exigir que el procedimiento se inicie ante los tribunales del domicilio de uno de los demandados<sup>495</sup>. Es decir, que si el demandante se dirige contra una empresa domiciliada en Alemania en base al art. 7.2 R. 1215/2012, éste no podrá acogerse al art. 8.1 R. 1215/2012 para demandar en Inglaterra a la primera y una segunda empresa con domicilio en Francia.

Ahora bien, esta limitación de poco servirá a empresas multinacionales. La práctica en Inglaterra y precisamente a raíz de la sentencia *Provimi* demuestra que los demandantes

---

<sup>493</sup> M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, en *ZVg/RWiss* 2013, p.9.

<sup>494</sup> Crítico con esta interpretación G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im Europäischen Kartelldeliktsrecht“, *IPRAX* 2005, pp. 509-516, p. 515.

<sup>495</sup> STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. 6511, apdo. 44; B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011”, en el asunto Painer, en *CDT* 2012, Vol. 4 Nº 1, pp. 245-255, p. 248.

en acciones por ilícitos Antitrust tratan siempre de incluir a las filiales inglesas de estas multinacionales con el objeto de abrir el foro de los arts. 4 y 8 R. 1215/2012<sup>496</sup>.

### **A) Grado de vinculación**

**154.** Para poder activar el litisconsorcio pasivo, las demandas deberán de estar estrechamente vinculadas entre sí. La vinculación existe cuando se aprecie que es oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo con el fin de evitar sentencias inconciliables si los asuntos se tratan por separado<sup>497</sup>.

La vinculación deberá existir en el momento de presentación de la demanda. No obstante, como veremos, la práctica jurisprudencial ha ido evolucionando desde la entrada en vigor del R. 44/2001.

### **B) La jurisprudencia europea**

**155.** En la sentencia *Kalfelis*, el TJCE incluye la interpretación de esta norma dentro del grupo de términos y normas del Reglamento que deben de ser interpretadas de forma autónoma y en el contexto del propio Reglamento, además de exigir este vínculo para evitar perjudicar al principio general del domicilio del demandado<sup>498</sup>.

El vínculo exigido se basa en los requisitos establecidos por el art. 30 R. 1215/2012, según los cuales el punto de conexión debe de ser de tal naturaleza que exista un interés en que las demandas sean juzgadas de forma conjunta con el fin de evitar soluciones contradictorias si los litigios se juzgaran por separado<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> M. WILDERSPIN, “Jurisdiction Issues: Brussels I regulation Articles 6 (I), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, 2012, pp. 41-59. C. COOK, “Developments in European and UK Cartel Damages Litigation”, en A. FONT I. RIBAS, S. GÓMEZ TRINIDAD, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 17-28, p. 26.

<sup>497</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/ 87, *Rec.* 1988, p. 5565.

<sup>498</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/ 87, *Rec.* 1988, p. 5565, apdos. 18 y 19.

<sup>499</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer”, en *CDT* 2012, Vol. 4 N° 1, pp. 245-255, p. 249.

**156.** La sentencia *Roche* del año 2006 contiene una serie de directrices claves para interpretar correctamente esta norma. Aunque el asunto se refiera al foro en caso de las acciones por violaciones de patentes, sus conclusiones son parcialmente extrapolables al ámbito que nos ocupa<sup>500</sup>. Para poder acudir al art. 8.1 R. 1215/2012 deberá existir un riesgo de resoluciones irreconciliables que deriven de unos hechos y situación jurídica concreta. El TJCE valora la teoría *spider in the web*, según la cual se podía demandar a varias empresas en Holanda si éstas formaban una red entre ellas, en este caso la multinacional *Roche*, y el centro principal de sus intereses se encuentra en Holanda<sup>501</sup>. Este caso coincide en muchos aspectos con las acciones de daños y perjuicios contra los miembros de un cártel. El TJCE en su resolución se aleja del vínculo por razones societarias estableciendo que el vínculo del art. 8.1. R. 1215/2012 debe orientarse en la necesidad de evitar resoluciones inconciliables<sup>502</sup> evitando precisamente puntualizar frente a la sentencia *Tatry* relativa al art. 30 R. 1215/2012<sup>503</sup>. En el asunto *Roche*, el TJCE concluye que no existe riesgo de resoluciones contradictorias ya que éstas tienen que compartir situación de hecho y de derecho<sup>504</sup>. La vulneración de la patente había tenido lugar en distintos Estados miembros con legislaciones distintas y derechos limitados a cada país. Aunque luego el Tribunal puntualizase que los hechos sí podían ser los mismos en este caso, la situación de derecho difiere de Estado a Estado a pesar de que existan normas comunes relativas a las concesiones de patentes, éstas siguen reguladas por los ordenamientos nacionales. Esta circunstancia sirvió al Tribunal para rechazar la aplicación del art. 8.1. R. 1215/2012) a un supuesto de violación de patente europea en distintos Estados

---

<sup>500</sup> STJCE, 13 julio 2006, *Roche*, C 539/03, *Rec.* 2006, p. 6535.

<sup>501</sup> Corte de apelación de la Haya, 23 abril 1998, *Expandable Grafts*. M. LEITZEN, “Comeback des „Torpedo“?”, en *GRUR Int* 2004, pp. 1010-1025. B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer”, en *CDT* 2012, Vol. 4 N° 1, pp. 245-255, p. 251.

<sup>502</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer”, en *CDT* 2012, Vol. 4 N° 1, pp. 245-255, p. 251.

<sup>503</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer”, en *CDT* 2012, Vol. 4 N° 1, pp. 245-255, p. 251. Como veremos según la jurisprudencia *Tatry* el art. 30 merece una interpretación más amplia abarcando todos los supuestos de resoluciones contradictorias aunque se trate de decisiones que puedan ejecutarse individualmente y las consecuencias jurídicas no sean excluyentes entre sí.

<sup>504</sup> STJCE, 13 julio 2006, *Roche*, C 539/03, *Rec.* 2006, p. 6535, apdo. 26. B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer”, en *CDT* 2012, Vol. 4 N° 1, pp. 245-255, p. 252.

miembros por sociedades de un mismo grupo empresarial. No podemos olvidar que esta sentencia ha sido criticada puesto que debido a su tenor los titulares de patentes europeas se verían obligados a litigar en paralelo en varios países de la Unión Europea con los consiguientes gastos e inconvenientes que esto genera<sup>505</sup>.

**157.** En este sentido, se ha planteado durante el proceso de revisión del R. 44/2001 y R. 1215/2012 añadir un nuevo párrafo al art. 8.1 R. 1215/2012 que establezca que el riesgo de inconciabilidad de resoluciones existirá cuando las disputas se refieran esencialmente a las mismas cuestiones fácticas y jurídicas precisando que no se excluirá la misma situación de derecho cuando las disputas se rijan por diferentes derechos nacionales, siempre que éstos estén sustancialmente armonizados como consecuencia de la legislación europea o de un convenio internacional<sup>506</sup>.

Las acciones por ilícitos Antitrust contra un cártel tienen las mismas cuestiones fácticas y jurídicas en relación a la infracción del Derecho Antitrust, en especial cuando se infrinjan los arts. 101 y 102 TFUE. No obstante, el alcance del derecho a percibir una indemnización se regirá por la normativa nacional en aquellos casos en los que la acción tenga una base delictual. Por ello, si aplicamos la doctrina *Roche* nos encontraríamos ante una situación similar a la planteada en *Roche* y no tendríamos cuestiones jurídicas idénticas en su totalidad<sup>507</sup>.

**158.** Un año después de la sentencia *Roche*, la sentencia *Freeport* señala que el art. 8.1. R. 1215/2012 no exige para su aplicación que las acciones ejercitadas tengan

---

<sup>505</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer”, en *CDT* 2012, Vol. 4 N° 1, pp. 245-255, p. 252.

<sup>506</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer”, en *CDT* 2012, Vol. 4 N° 1, pp. 245-255, p. 253. European Max Planck Group for the Conflicts of Laws in Intellectual Property: Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP Principles,) art. 2 (206) versión de Diciembre de 2011: consultado por última vez 08.04.2012 en <http://www.cl-ip.eu/files/pdf2/FinalText-1December2011.pdf>.

<sup>507</sup> M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO“, *ZVglRWiss* 2013, p.6.



fundamentos jurídicos idénticos. Este asunto se refería a una acción contractual y otra acción cuyo carácter contractual no estaba claro<sup>508</sup>.

**159.** En la sentencia *Painer* de 1 de diciembre de 2011, el TJUE vuelve a referirse a los requisitos del art. 8.1. R. 1215/2012 estableciendo que no será necesario que tengan fundamentos jurídicos idénticos aunque sí exige cierta cautela para evitar abusos. Así, la interpretación deberá pivotarse sobre la propia finalidad de la norma: la eliminación de resoluciones inconciliables<sup>509</sup>. De esta forma el Tribunal sigue la línea de *Freeport* que determina que la identidad de fundamentos jurídicos es tan sólo un factor a tener en consideración aunque el Tribunal en *Painer* matice que, a pesar de la aplicación de derechos nacionales diferentes, la normativa en ambos Estados es prácticamente idéntica<sup>510</sup>. Ahora bien, el TJCE añade un nuevo aspecto al debate al incluir la previsibilidad para el demandado dentro de los aspectos a tener en cuenta, pudiéndose determinar ésta en función de si han actuado o no de forma independiente<sup>511</sup>.

**160.** El derecho aplicable a las acciones por ilícitos Antitrust todavía no se basa en normas armonizadas, por lo que existen diferencias entre los distintos ordenamientos que pueden provocar resoluciones inconciliables. Sirva de ejemplo las diferencias en las normas de prescripción descritas en la introducción. Puede que la acción haya prescrito en algunos ordenamientos, mientras que en otros no será el caso.

---

<sup>508</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*”, en *CDT* 2012, Vol. 4 Nº 1, pp. 245-255, p. 253. STJCE, 11 octubre de 2007, C 98/06, *Freeport*, Rec. 2007, p. 8319.

<sup>509</sup> STJUE, 1 diciembre 2011, *Painer*, C 145/10, Rec. 2011 p. 12533, apdo. 79. B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*”, en *CDT* 2012, Vol. 4 Nº 1, pp. 245-255, p. 254.

<sup>510</sup> STJUE, 1 diciembre 2011, *Painer*, C 145/10, Rec. 2011, p. 12533, apdo. 82. B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*”, en *CDT* 2012, Vol. 4 Nº 1, pp. 245-255, p. 254.

<sup>511</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*”, en *CDT* 2012, Vol. 4 Nº 1, pp. 245-255, p. 255.

La sentencia *Solvay* también se refiere a una patente europea. A diferencia del caso *Roche*, en esta ocasión una serie de empresas infringían en distintos Estados miembros la misma parte de la patente por lo que el TJUE considera que sí existe riesgo de resoluciones contradictorias<sup>512</sup>.

**161.** Si trasladamos este fallo del TJUE a las acciones Antitrust, podríamos concluir que las distintas acciones de implementación de los distintos miembros del cártel en un solo mercado tienen la conexidad necesaria. La jurisprudencia del TJCE no resuelve hasta la fecha las dudas existentes en torno a este tipo de acciones. Por ello, habrá que esperar a su respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Landgericht Dortmund* y que describiremos a continuación<sup>513</sup>. Después de la admisión de la demanda, la demandante *CDC* alcanzó a un acuerdo extrajudicial con la demandada ancla, *Degussa*, por lo que el tribunal plantea que puede existir un posible abuso o que simplemente ya no existe un vínculo suficientemente estrecho ni riesgo de resoluciones contradictorias<sup>514</sup>.

Así, el *Landgericht Dortmund* considera que no se debe valorar de forma aislada la participación temporal y geográfica de los distintos participantes y la implementación del cártel. El artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 exige seguir las conclusiones de la Comisión Europea y la Comisión Europea concluye en su resolución que se trataba de una infracción única e ininterrumpida y que los miembros del cártel deben de responder solidariamente con independencia de su involucración en su condición de cómplices<sup>515</sup>.

El tribunal considera que se trata de unos mismos hechos y fundamentos de derecho, teniendo en cuenta el considerando 15 R. 44/2001. Posibles demandas por daños y perjuicios eran previsibles para los participantes en el cártel, por lo que el considerando 11 del mismo Reglamento y la jurisprudencia del TJCE también se respetan. Los

---

<sup>512</sup>STJUE, 12 julio 2012, *Solvay*, C 6161/10. M. WELLER, “Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement und die Brüssel I-VO“, en *ZVglRWiss* 2013, p.6.

<sup>513</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O 23/09 en *WuW* 09/2013 p. 872 y ss.

<sup>514</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O 23/09, en *WuW* 09/2013, p. 872 y ss.

<sup>515</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O 23/09, en *WuW* 09/2013, p. 872 y ss., CE, 3 mayo 2006, COMP/F/38.620, apdos. 31, 324-327.

demandados conocían los domicilios del resto de demandados<sup>516</sup>. De esta forma, el *Landgericht Dortmund* sigue la corriente de otros tribunales nacionales, aunque ante la duda solicita la confirmación del TJCE.

A diferencia de otros casos, el resto de demandados cuestionan la jurisdicción del tribunal alemán, e incluso afirman que plantear la demanda contra *Degussa* era una maniobra para conseguir la competencia de los tribunales alemanes perpetuando el foro.

El *Landgericht Dortmund* comienza recordando que el art. 8.1 R.1215/2012 no permite el foro de conexidad para evitar el foro principal del domicilio del demandado<sup>517</sup>. Retirar la demanda una vez comenzado el juicio si se ha alcanzado un acuerdo es razonable y apropiado y no afecta al resto de demandados, por lo que, en principio, la decisión de retirar la demanda planteada por *CDC* contra *Degussa* es en principio más que correcta y razonable.

Ahora bien, el Tribunal Alemán pregunta si puede considerarse que se ha tratado de abusar de la situación si se retrasó el acuerdo para esperar a la decisión del tribunal sobre su competencia y si las partes consideraban que era previsible que se fuera a alcanzar un acuerdo. Continúa el tribunal que el principio de la *perpetuatio fori* establecido en el parágrafo 261 III Nr.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (ZPO) por el que una se establece la litispendencia no puede modificar la competencia judicial ya establecida<sup>518</sup>.

**162.** En sus conclusiones JÄÄSKINEN considera que sí es oportuno tramitar y juzgar las demandas de forma conjunta para evitar resoluciones inconciliables cuando se presente una demanda ante un tribunal de un Estado miembro por la que se pretenda que se facilite información y se reclame indemnización por daños y perjuicios contra un demandado domiciliado en un Estado miembro y otros demandados basada en una

---

<sup>516</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O 23/09, en *WuW* 09/2013, p. 872 y ss.

<sup>517</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/87, *Rec.* 1988, p. 5565; STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. 6511. STJCE, 13 julio 2006, *Reisch Montage*, C 103/05, *Rec.* 2006, p. 6827; STJCE, 11 Octubre 2007, *Freeport*, C 98/06, *Rec.* 2007, p. 8319, STJUE, 1 Diciembre 2011, *Painer*, C 145/10, *Rec.* 2011, p. 12533.

<sup>518</sup> LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O 23/09, en *WuW* 09/2013, p. 876.

única infracción continuada de las normas Antitrust de la Unión<sup>519</sup>. El desistimiento de la demandada en relación al demandado ancla tampoco afecta al art. 8.1 R 1215/2012 si el acuerdo transaccional se ha producido con posterioridad a la fecha en la que el tribunal ya se haya declarado competente y demandante y demandado no hayan ocultado dicho acuerdo.

### C) La jurisprudencia nacional

**163.** Tras analizar la jurisprudencia del TJUE, resulta especialmente interesante abordar la experiencia nacional en la interpretación de los requisitos aplicables al litisconsorcio pasivo. Recientes acciones por ilícitos Antitrust seguidas ante tribunales nacionales han puesto a prueba las normas de litisconsorcio pasivo y su interpretación por el TJUE.

#### a) Inglaterra y Gales

**164.** Los tribunales británicos aplican el art. 8.1 R. 1215/2012 a acciones por ilícitos Antitrust desde la jurisprudencia *Provimi*, seguida de *Cooper Tire*, *Toshiba Carrier*, *Nokia*, *KME Yorkshire*, *Bord na Mona* y *Deutsche Bahn*<sup>520</sup>.

La equiparación total entre domicilio de la matriz y la filial a efectos del art. 8.1. R. 1215/2012 no resulta posible para arrastrar al resto de demandados que se encuentren

---

<sup>519</sup> Conclusiones A. G. JÄÄSKINEN, 11 Diciembre 2014, *CDC Evonic*, C352/13, apdo. 133.

<sup>520</sup> UK C.A., *Roche Products Ltd & ors. V. Provimi Ltd*, 2003, EWHC 961; UK H. C. *Devenish Nutrition contra Sanofi Aventis*, 2007, EWHC 2394 y UK H.C. EWCA Civ 1086, *Cooper Tire vs. Shell Chemicals*, 2009, EWHC 2609, UK H.C. 2010 EWCA Civ 864, *Toshiba Carrier vs KME* 2011, EWHC 2665; UK H.C. 2012 EWCA Civ 1190, *Nokia Corporation vs AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, UK H.C. EWHC 731 (Ch); *Bord Na Mona vs BPI*, UK H.C., 2012 EWHC 3346, *Deutsche Bahn vs. Morgan Advanced Materials Plc & Ors*, 2013, CAT 18; UK H.C. *Deutsche Bahn AG. & Ors. vs Morgan Advanced Materials Plc & Ors*. 2013 EWCA Civ 1484.

domiciliados en distintos Estados<sup>521</sup>. La Sentencia *Provimi* ni siquiera lo plantea de esta forma sino que, en lugar de analizar lo establecido por el R. 1215/2012 e interpretarlo de forma autónoma, emplea el concepto del Derecho de la Competencia Comunitario de *Undertaking* considerando que se trata de una única entidad con distintos domicilios para así establecer el foro en el domicilio de una filial que no tenía conocimiento del cártel y atraer a todos los demandados a este foro<sup>522</sup>.

**165. Vitaminas:** En el caso *Provimi*, la sanción de la Comisión tan sólo se dirigía a una de las demandadas del grupo *Roche*, la entidad suiza *Hoffmann La Roche*<sup>523</sup>, por lo que la *High Court* debería haber establecido si *Roche UK* también había infringido el art. 101 TFUE y esto no se desprendía de forma evidente de la decisión sancionadora de la Comisión<sup>524</sup>.

Para ello tendría que haber desarrollado los criterios por los que considera que el comportamiento de una sociedad se puede imputar a la otra. La *High Court* estableció que el demandante no tenía que alegar que *Roche UK* conocía la infracción; simplemente, asumió que tenía conocimiento de la infracción en virtud de su condición de miembro del *Undertaking Roche UK*<sup>525</sup>.

De acuerdo con la *High Court*, todo lo que conoce una entidad dentro del *Undertaking* también es conocido por la otra aunque sea una mera filial<sup>526</sup>. La *High Court* transformó así un concepto creado para determinar el sujeto de la prohibición establecida por el art. 101 TFUE en un concepto que conlleva la imputación del conocimiento e identidad a

---

<sup>521</sup> M. VIRGÓS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Derecho Procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Aranzadi 2007, 2ª ed., p. 139.

<sup>522</sup> UK. H.C. *Roche Products Ltd & ors. V. Provimi Ltd*, 2003, EWHC 961

<sup>523</sup> CE, 10 enero 2003, COMP/E-1/37.512 *Vitaminas*, DOCE 2003 L 6/1, apdo 1.

<sup>524</sup> F. W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

<sup>525</sup> F. W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

<sup>526</sup> Ignorando la jurisprudencia del STJCE sobre la responsabilidad entre empresas y que exige que la Comisión deba indicar sin equívocos la persona jurídica a la que se podrá imponer la multa y estar dirigido a esta última, STJCE, 2 octubre 2003, *Arbed*, C-196/99P, *Rec.* 2003, p. 263; STJCE 11 marzo 1999, *Aristrain*, T-156/94, *Rec.* 1999, p. 02293.

efectos de activar el litisconsorcio pasivo<sup>527</sup>. Respecto al alcance de la responsabilidad en los procedimientos sancionadores ante la Comisión Europea conviene recordar que el TJUE continúa aclarando la responsabilidad de matrices u otro tipo de sociedades relacionadas entre sí sin que esta cuestión sea pacífica, si no que dependerá de cada caso<sup>528</sup>.

Resumiendo, la *High Court* asumió desde la perspectiva material que *Roche UK* conocía la infracción porque formaba parte del *undertaking* infractor y desde la internacional privatista que el domicilio de una filial es también el domicilio de otra sociedad del mismo grupo<sup>529</sup>.

Ahora bien, para valorar el ilícito concurrencial, el tribunal nacional estará sujeto a la decisión de la Comisión según lo establecido por el art. 16 R. 1/2003 y por el TJCE en *Courage*<sup>530</sup> y *Masterfoods*<sup>531</sup>.

De la sentencia *Courage* se desprende que el principio de efectividad debe ser respetado en procedimientos por infracción de los arts. 101 y 102 TFUE en los tribunales nacionales. En consecuencia, el tribunal nacional deberá analizar las consecuencias de la decisión de la Comisión sobre el caso en cuestión aunque esta decisión no se dirija al demandado. Por ello, la *High Court* debería haber analizado sumariamente bajo qué condiciones se puede imputar a la filial *Roche UK* la infracción del art. 101 TFUE. La cuestión no es si hay una infracción o no, sino más bien, quién es responsable de esta infracción desde la perspectiva del Derecho Civil<sup>532</sup>. Precisamente, el TPI en el asunto *Atlantic Container Line* nos recuerda que:

*Asimismo, salvo la sanción de nulidad expresamente prevista en el art. 85, apartado 2, del Tratado, corresponde al Derecho nacional, según la jurisprudencia, definir las otras consecuencias, en el ámbito civil, que lleva*

---

<sup>527</sup> Véase al respecto STJCE, 2 octubre 2003, *Arbed*, C-196/99 P, *Rec.* 2003, p. 263; STJCE 11 marzo 1999, *Aristrain*, T-156/94, *Rec.* 1999, p. 02293.

<sup>528</sup> Sirva una vez como ejemplo las recientes STJUE, 10 abril 2014, *Siemens*, T 124/07, y STJUE 10 abril 2014, *Areva*, T 127/07.

<sup>529</sup> F. W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

<sup>530</sup> STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297, apdo. 29.

<sup>531</sup> STJCE, 14 diciembre 2000, *Masterfoods*, C344/98, *Rec.* 2000, p. 11369, apdo. 60.

<sup>532</sup> F. W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

*consigo una infracción del art. 85 del Tratado, tales como la obligación de reparar el perjuicio causado a un tercero o una posible obligación de contratar (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C-453/99, Rec. p. I-6297, apartado 29, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, T-24/90, Rec. p. II-2223, apartado 50), siempre que no se menoscabe, sin embargo, el efecto útil del Tratado*<sup>533</sup>.

La *High Court* extendió de forma excesiva el concepto de *Undertaking*. Así, tendría que haber determinado en función al derecho nacional -inglés, en el caso de *Roche UK*, y alemán, en el caso de *Roche Alemania*- si ambas filiales tenían conocimiento de la infracción<sup>534</sup>. No olvidemos que se trata de filiales y que las empresas sancionadas por la Comisión Europea eran sus matrices por lo que tampoco se puede equiparar a la responsabilidad de la matriz por las actuaciones de sus filiales.

Por otro lado, de la sentencia *Courage* también se desprende que si el derecho nacional establece barreras infranqueables para el demandante (por ejemplo, probar que los demandados conocían la infracción o tendrían que haberla conocido) cabe plantearse si los principio de efectividad nos permite invertir la carga de la prueba en este tipo de situaciones<sup>535</sup>. Siguiendo esta línea jurisprudencial, habría que haber aplicado el derecho nacional al asunto *Provimi* para determinar si se imputa o no la infracción a *Roche UK*. Según la *High Court*, todas las demandas están relacionadas con la misma infracción del art. 101 TFUE y tenían idéntica naturaleza.

Además, y en opinión del Tribunal puesto que la aplicación privada se encontraba “subdesarrollada” en el resto de Europa, el riesgo de que distintos tribunales llegasen a conclusiones distintas era considerable<sup>536</sup>.

Teniendo en cuenta que la conexión se fija en base a la inconciabilidad, habrá que analizar los hechos y los posibles resultados del litigio en distintas jurisdicciones. Para

---

<sup>533</sup> STPI, 28 febrero 2002, *Atlantic Container Line*, T 395/94, Rec. 2002, p. 595.

<sup>534</sup> F. W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

<sup>535</sup> F.W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe” en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

<sup>536</sup> UK . C.A, *Roche Products Ltd & ors. V. Provimi Ltd*, 2003, EWHC 961

que las sentencias se puedan considerar contradictorias no basta con que el resultado pueda ser diferente; la divergencia debe de surgir de la misma situación de hechos y derecho<sup>537</sup>.

Para la *High Court* la mera posibilidad de sentencias contrarias bastaba para cumplir con lo exigido por el art. 8.1 R. 1215/2012. Además, la serie de demandas distintas entre sí provocadas por el citado cártel de las vitaminas<sup>538</sup> y las relaciones contractuales mantenidas con varios clientes de las empresas cartelistas, estaban lo suficientemente conectadas entre sí a los efectos del art. 8.1 R. 1215/2012. Asimismo, en ausencia de pruebas sobre casos relativos a las condiciones aplicables a las reclamaciones por daños y perjuicios en otros Estados miembros (Alemania y Francia) y debido a la necesidad de interpretar conceptos sustanciales, tales como el nivel de conocimiento requerido por parte del infractor en la normativa de estos Estados miembros, existían suficientes riesgos de resoluciones divergentes según lo dispuesto por el art. 8.1 R. 1215/2012<sup>539</sup>.

**166.** En contra de la conclusión de la *High Court* aunque el riesgo de conflicto en relación a la aplicación del Derecho de la Competencia Europeo sea elevado, estos conflictos pueden ser solucionados por los jueces acudiendo a la Corte de Justicia en base al art. 267 TFUE, siempre y cuando se refieran a la interpretación de las normas de la Unión Europea incluyendo los arts. 101 y 102 del TFUE y el propio R. 44/2001 (R. 1215/2012) y demás normas europeas<sup>540</sup>.

---

<sup>537</sup> STJCE, 13 julio 2006, *Roche*, C-539/2003, *Rec.* 2006, p. 6535, apdo 26. STJCE, 11 octubre 2007, *Freeport*, C 98/06, Opinión del A. G. Mengozzi, apdo 45. STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. 6511, apdo. 44.

<sup>538</sup> Véase sobre este asunto entre otros: F.W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe” en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

<sup>539</sup> F.W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe” en *EBOR* 4, 2003, pp. 623-650.

<sup>540</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 52. F.W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe” en *EBOR* 2003, pp. 623-650.



Esta sentencia ha sido duramente criticada por la expansión de la responsabilidad de forma excesiva y corregida parcialmente por las siguientes sentencias de los tribunales británicos como veremos a continuación<sup>541</sup>.

**167. *Cooper Tire*:** El concepto de *Undertaking* empleado en la sentencia *Provimi* ha sido corregido en buena medida por la sentencia *Cooper Tire*, que concluye que la extensión de la responsabilidad de las sociedades matrices a filiales que desconocen del asunto establecida en el asunto *Provimi* no es correcta<sup>542</sup>.

No obstante, en el asunto *Cooper Tire* los tres *demandados ancla*, los demandados con domicilio en Inglaterra que habían servido para determinar la jurisdicción inglesa, ni siquiera habían participado en la conducta sancionada<sup>543</sup>. Según este tribunal habrá analizar las circunstancias del caso y probar la existencia de una disputa real entre los *demandados ancla* y los demandantes<sup>544</sup>. En este caso, aunque los *demandados ancla* no participaron en el acuerdo, ambas partes coinciden en que sí vendieron los productos objeto del cártel aunque fuese en cantidades muy pequeñas, siendo esta relación suficiente a los efectos del art. 8.1 R. 1215/2012 sin que se deba entrar a analizar si finalmente son responsables de la conducta y/o han provocado daño alguno en el momento de adoptar la decisión sobre su jurisdicción<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> M. WILDERSPIN, “Jurisdiction Issues: Brussels I regulation Articles 6 (I), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, “International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination”, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 41-59. J. SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: forum shopping y demandas torpedo”, en *CDT*, Vol. 2, 2010, pp. 315-331.

<sup>542</sup> UK. C.A., 23 Julio 2010, *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow Deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489.

<sup>543</sup> M. WILDERSPIN, “Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6 (I), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, “International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination”, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 41-59. J. SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: forum shopping y demandas torpedo”, en *CDT*, Vol. 2, 2010, pp. 315-331.

<sup>544</sup> UK H.C., 27 octubre 2009, *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm), apdo. 37.

<sup>545</sup> UK C.A., 23 julio de 2010, *Cooper Tire & Rubber company europe limited & ors Dow Deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864 Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489, apdo. 44.

**168. *Toshiba Carrier*:** Como en los ejemplos anteriores, los demandantes *Toshiba Carrier UK* y otros, presentaron en Inglaterra una acción por daños y perjuicios derivados de la infracción del art. 101 TFEU descrita por la Comisión Europea en su decisión sancionadora por el cártel de los tubos de cobre cometida *por KME Yorkshire Ltd* y otros<sup>546</sup>. La demanda fue dirigida contra varias empresas destinatarias de la decisión de la Comisión Europea y contra otro grupo de empresas que si bien son filiales de las anteriores domiciliadas en Inglaterra ni siquiera habían sido mencionadas por la Comisión Europea<sup>547</sup>. Las empresas con domicilio en Inglaterra solicitaron que se rechazase la jurisdicción de los tribunales ingleses, por no ser destinatarias de la decisión de la Comisión Europea. En esta ocasión, y a pesar de la solicitud de plantear una cuestión prejudicial, la *High Court* ha rechazado remitir esta cuestión a los tribunales europeos por una mera cuestión procesal ya que las demandadas no habían cuestionado el conocimiento de la filial en el marco del procedimiento. La *Court of Appeal* admitió a trámite la apelación de *KME Yorkshire Limited (KME UK)*, la única demandada con domicilio en el Reino Unido, aunque la rechazó en su integridad al considerar que la mera implementación es suficiente para infringir el art. 101 TFUE si la conducta en sí se realiza en base a un acuerdo anticompetitivo de otros y con conocimiento del mismo<sup>548</sup>. Aunque no fuese relevante para la decisión de la apelación, el juez *Etherton LJ* se refirió a la sentencia *Provimi* y aprovechó para considerar que si la empresa matriz ejerce una influencia decisiva sobre su filial no cabe plantear si ésta debía tener conocimiento de la conducta ilícita<sup>549</sup>.

---

<sup>546</sup> UK C.A. 13 Septiembre 2012, *Toshiba Carrier UK Ltd & ors v KME Yorkshire Ltd & ors* [2011] EWCA Civ 1190.COMP/E-1/38.069 – *Copper plumbing tubes*, DOUE 13 julio 2006 L 192, p. 21 y STJUE, 19 mayo 2010, *KME*, T 25/05, Rec. 2010, p. 0091.

<sup>547</sup> UK C.A. 13 Septiembre 2012, *Toshiba Carrier UK Ltd & ors v KME Yorkshire Ltd & ors* [2011] EWCA Civ 1190.

<sup>548</sup> UK C.A., 13 Septiembre 2012, *Toshiba Carrier UK Ltd & ors v KME Yorkshire Ltd & ors* [2011] EWCA Civ 1190.

<sup>549</sup> UK C.A., 13 Septiembre 2012, *Toshiba Carrier UK Ltd & ors v KME Yorkshire Ltd & ors* [2011] EWCA Civ 1190.

**169.** Esta sentencia dejó claro que los tribunales ingleses aceptarán su jurisdicción en casos en los que filiales establecidas en su territorio implementen los acuerdos prohibidos de sus matrices, con independencia del lugar en el que se haya producido el perjuicio y de posibles efectos sobre el mercado inglés. De esta forma, cualquier sociedad o agencia podrá servir como ancla para arrastrar el litigio a los tribunales ingleses en virtud del art. 8.1 R. 1215/2012.

En términos generales, cabe analizar si la interpretación de los tribunales ingleses en las sentencias descritas es conforme al derecho comunitario.

**170.** Sobre el concepto de *undertaking* en el asunto *Domsjo*, el TPI estableció que “*el apartado 1 del art. 85 del Tratado se dirige a unas entidades económicas cada una de las cuales consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización capaz de participar en la comisión de una infracción de las que contempla dicha norma*”<sup>550</sup>.

El concepto de *undertaking* es, por tanto, muy amplio e incluye prácticamente cualquier entidad que tenga actividad económica con independencia de su forma legal. Se considera un término más económico que legal y ajeno a la normativa societaria nacional<sup>551</sup>. Ahora bien, tanto la Comisión como un tribunal en un procedimiento ordinario deben de imputar infracciones del art. 101 TFUE a personas físicas o jurídicas<sup>552</sup>. En los procedimientos ante la Comisión Europea, esto se desprende del art. 299 TFUE que establece que las decisiones de la Comisión que impongan obligaciones pecuniarias a personas distintas de los Estados deberán ser ejecutables en todos los Estados miembros y que la ejecución forzosa se regirá por la normativa de

---

<sup>550</sup> STPI, 14 mayo 1998, *Mo Och Domsjo AB*, T-532/94, *Rec.* 1998, p. 1996, apdo. 87; CE, 10 enero 2003 *Vitaminas* COMP/E-1/37.512, DOCE 2003 L 6/1 aptdo 636. STPI, 10 marzo 1992, *Shell Comisión*, T-11/89, *Rec.* 1992, p. 757, apdo. 311; M. WILDERSPIN, “Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6 (I), 23,27 and 28 in Antitrust Litigation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 41-59.

<sup>551</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I. Parte General, La Competencia, Madrid, Colex 2009, p. 178.

<sup>552</sup> W. P. J. WILS, “The Undertaking as a subject of EC Competition Law and the imputation of infringements to natural or legal personas”, *ELRev* 2000, p. 108 y ss.

procedimiento civil nacional. Este artículo tan sólo cita personas y no “*undertakings*” y, asumiendo que las normas nacionales suelen exigir que las medidas de ejecución se dirijan contra personas físicas o jurídicas, se puede concluir que la Comisión impone las sanciones a estas personas y no a *undertakings*<sup>553</sup>.

**171.** En términos generales, los tribunales ordinarios sólo conocerán de litigios entre personas físicas o jurídicas por la infracción de los arts. 101 y 102 TFUE. Para poder asegurar la ejecución de sus decisiones deberán imputar las infracciones a personas físicas o jurídicas y no a unidades económicas<sup>554</sup>.

De lo anterior se desprende que una aplicación indiscriminada del concepto *undertaking* sin asociarlo a las personas jurídicas o físicas incluidas dentro de la entidad *Undertaking* puede resultar excesiva.<sup>555</sup>

## **b) Holanda y Finlandia**

**172.** Los tribunales holandeses y finlandeses han seguido una línea similar a la corriente británica en dos acciones planteadas por la empresa de agrupación de acciones, *Cartel Damage Claims*. Se trata de acciones que han seguido a las decisiones de la Comisión Europea en los asuntos parafina<sup>556</sup> e peróxidos de hidrógeno<sup>557</sup>.

---

<sup>553</sup> W. P. J. WILS, “The Undertaking as a subject of EC Competition Law and the imputation of infringements to natural or legal persons”, *ELRev* 2000, p. 108 y ss.

<sup>554</sup> M. WILDERSPIN, “Jurisdiction Issues: Brussels I regulation Articles 6 (I), 23,27 and 28 in Antitrust Litigation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 41-59.

<sup>555</sup> En las demandas derivadas contra el cártel de las catenarias iniciadas por Deutsche Bahn las empresas demandadas por diversas operadoras de líneas de ferrocarril en Europa ni siquiera han tratado de cuestionar la conexidad según el art. 8.1 R. 1215/2012, si no que han conseguido paralizar el procedimiento debido a la prescripción de la acción contra el demandado ancla, *Morgan Crucible*.<sup>555</sup> Aunque la acción hubiese prescrito, la *Court of Appeal* ha afirmado que la jurisdicción también puede basarse en el art. 5.3 R. 44/2001 (art. 7.2 R. 1215/2012) ya que parte del daño ha tenido lugar en el Reino Unido: UK, C.A., 20 noviembre 2013, CAT 18, *Deutsche Bahn and al vs. Crucible*. UK. S.C., 9 abril 2014, [2014] [2012] EWCA Civ 1055.

<sup>556</sup> Corte de Distrito de la Haya, 1 mayo 2013, C 09//414499/HAZA 12-293. CE, 1 Octubre 2008, COMP/39181, *Candle Waxes*.

En ambos casos se ha reconocido que existe conexidad suficiente para determinar la jurisdicción de los tribunales en base al art. 8.1 R. 1215/2012 para el resto de demandantes<sup>558</sup>. A diferencia de los ejemplos ingleses, en estos casos el demandado ancla era la empresa matriz con domicilio en Holanda y en Finlandia, respectivamente.

De esta forma, su implicación en el cártel es incuestionable por lo que la interpretación por estos tribunales es conforme al derecho comunitario además la demandante se ha dirigido contra las matrices, *Shell* en el caso holandés y *Kemira* en el caso finlandés, entidades sancionadas por las decisiones de la Comisión Europea<sup>559</sup>.

**173.** En el caso holandés, el Tribunal de la Haya, siguiendo la jurisprudencia sentada con *Freeport* y *Painer*, recuerda que aunque las demandas tengan bases legales distintas esto no impide la aplicación del art. 8.1 R.1215/2012 si era previsible para las demandadas que podrían ser demandadas en otro Estado miembro<sup>560</sup>.

El Tribunal considera que, debido a la participación conjunta en el cártel, las acciones civiles *follow on* resultan previsibles en los distintos domicilios de los miembros del cártel cumpliendo así con los requisitos exigidos por la doctrina *Painer*<sup>561</sup>. Una de las demandadas había alegado que su responsabilidad era menor ya que participó durante menos tiempo que el resto de empresas cartelistas. Este hecho tampoco es suficiente para negar la conexidad según el art. 8.1 R.1215/2012 y deberá analizarse en la causa principal<sup>562</sup>.

---

<sup>557</sup> Corte distrito Helsinki 4 julio 2013. Resumen en inglés disponible en <http://www.carteldamageclaims.com/Presse/130717%20Press%20release%20judgment%20Helsinki%20District%20Court%20HP%20Cartel%2004%20July%202013.pdf> <http://www.carteldamageclaims.com/Hydrogen%20Peroxide.shtml>. CE, 3 mayo 2006, COMP/F/38.620, *Hydrogen Peroxide and Perborate*.

<sup>558</sup> Corte Distrito la Haya, 1 mayo 2013, C 09//414499, *HAZA* 12-293, apdo 4.15.

<sup>559</sup> CE, 1 Octubre 2008, *Candle Waxes*, COMP/39181. CE, 3 mayo 2006, *Hydrogen Peroxide and Perborate*, COMP/F/38.620.

<sup>560</sup> STJUE, 1 diciembre 2011, *Painer*, C 145/10, *Rec.* 2011, p. 12533.

<sup>561</sup> STJUE, 1 diciembre 2011, *Painer*, C 145/10, *Rec.* 2011, p. 12533.

<sup>562</sup> Corte de Distrito de la Haya, 1 mayo 2013, *HAZA*, C 09//414499, , apdo 4.18.

### c) Austria

**174.** Los tribunales austríacos han optado también por confirmar la conexidad en base al concepto de *Undertaking* del Derecho de la Competencia, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo Austríaco de 14 de febrero de 2012 en las demandas derivadas del cártel de los ascensores en Austria<sup>563</sup>.

En este caso, una sociedad creada expreso a la que le han sido cedidos los derechos de compensación por los daños y perjuicios demanda a diversos fabricantes de ascensores austríacos y alemanes además de dirigirse contra sus matrices y contra una persona física, el administrador de una de las sociedades demandadas y participantes en el cártel sancionado por el tribunal de defensa de la competencia austriaco<sup>564</sup>.

El Tribunal Supremo austríaco ha considerado que existe una relación lo suficientemente estrecha a los efectos del art. 8.1 R.1215/2012 cuando las relaciones societarias de las entidades permitan considerarlas una unidad económica de acuerdo con el art. 101 TFUE. Así, considera que la unidad económica y la estrecha relación se dan incluso entre la filial, la sociedad propietaria del capital de la filial y la matriz de la segunda sociedad o *Grossmuttergesellschaft* cuando la política empresarial de realizar un cártel se ha coordinado y gestionado desde la última de las sociedad del grupo "aguas abajo". Para ello, el Tribunal se refiere a la sentencia del TJCE *Akzo Nobel* recordando la presunción *iuris tantum* que la responsabilidad de la matriz se presupone cuando la matriz ejerce una influencia decisiva sobre las sociedades filiales<sup>565</sup>.

**175.** La estrecha relación también existe en relación a una persona física demandada que actuó como administrador de la sociedad sancionada durante la duración del cártel<sup>566</sup>. La conducta que origina la responsabilidad es la misma tanto para la sociedad como para su administrador. La previsibilidad también se respeta si el foro

---

<sup>563</sup> OHG, Austria, 14 febrero 2012, *Aufzüge*, 5 Ob 39/11, en *WuW* 2012, pp. 1251-1260. G. KOUTSOUKO, P. PAVLOVA, "Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU- Kartellrechts" en *WuW* 2014, pp. 153-163.

<sup>564</sup> OHG como Kartellobergericht 16 Ok 5/08.

<sup>565</sup> STJCE, 10 Septiembre 2009, *Akzo Nobel*, C 97/08, *Rec.* 2009, p. 08237, apdo. 60 y, STJCE 25 Octubre 1983, *AEF-Telefunken*, 107/82, *Rec.* 1983, p. 01179, apdo. 50.

<sup>566</sup> G. KOUTSOUKO, P. PAVLOVA, "Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU- Kartellrechts" en *WuW* 2014, pp. 153-163.

coincide con el domicilio de la sociedad que ha administrado o administra la persona física demandada<sup>567</sup>. Ahora bien, cabe preguntarse si es previsible ser demandado en el foro del domicilio de otra empresa participante o incluso en el domicilio de cualquier filial de las empresas sancionadas. En este caso, el foro no resulta igual de previsible para una persona física por lo que esta interpretación tan extensiva podría perjudicar al demandado rompiendo el principio de igualdad de armas<sup>568</sup>. Por último, el Tribunal Austríaco confirma la conexidad incluso aunque las acciones se basen en fundamentos jurídicos diferentes. En cualquier caso, la sentencia recuerda que el análisis es sumario y a los efectos del art.8.1 R.1215/2012, por lo que en el procedimiento principal se deberá determinar si la responsabilidad ha existido realmente.

#### **4. Ventajas e inconvenientes del litisconsorcio pasivo**

**176.** En primer lugar, la posibilidad de obtener una sentencia contra varias empresas a la vez y así ejecutar la sentencia contra el que más le convenga por motivos económicos o comerciales es una ventaja evidente frente a otros foros<sup>569</sup>. Esta norma resulta especialmente interesante cuando la víctima quiera dirigirse contra más de una empresa para obtener la compensación exigida y le permitirá escoger entre varios foros si los demandados se encuentran domiciliados en Estados miembros distintos<sup>570</sup>.

Las sinergias económicas y procesales también resultarán beneficiosas para las partes implicadas mejorando en ocasiones su poder de negociación o el acceso a pruebas e

---

<sup>567</sup> G. KOUTSOUKO, P. PAVLOVA, “Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU- Kartellrechts“ en *WuW* 2014, pp. 153-163, p. 161.

<sup>568</sup> G. KOUTSOUKO, P. PAVLOVA, “Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU- Kartellrechts“ en *WuW* 2014, pp. 153-163, p. 161.

<sup>569</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 53. M. WILDERSPIN, “Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6 (I), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 41-59.

<sup>570</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 54. J. FAWCETT, “Multiparty Litigation in Private International Law”, en *ICLQ* 1995, pp. 744-747.

información. Por otra parte, este foro será parcialmente previsible al basarse en el domicilio del demandado, aunque pueda ser el foro de otro demandado<sup>571</sup>.

A pesar de las ventajas descritas no debemos olvidar que si el ordenamiento procesal de un Estado miembro ofrece un sistema mejor, la mayoría de las demandas acumuladas acabarán teniendo lugar en ese Estado miembro como muestra el ejemplo de Inglaterra.

Por otra parte, el R. 1215/2012 no establece el porqué litisconsorcio sólo puede ejercerse por el demandante y no por ambas partes<sup>572</sup>. Quizás se deberían ampliar estas opciones a los demandados, reduciendo así los procedimientos contra ellos ante el menor número de tribunales posibles y aprovechando las sinergias de las disputas tal y como permite el Derecho Procesal de muchos Estados miembros.

**177.** Aunque el foro de domicilio de uno de los participantes en el cártel pueda considerarse previsible, la previsibilidad no se dará en casos en los que se emplee pequeñas filiales de otros demandados domiciliadas en un Estado miembro ajenas a la conducta que ha generado el daño o haya personas físicas implicadas<sup>573</sup>.

También pueden surgir dificultades de coordinación con el art. 6.3 R. Roma II que permite la elección del foro estableciendo un sólo derecho cuando el mercado del foro se viese afectado por la conducta en sí. Es necesario resaltar que buena parte de los daños reclamados ante los tribunales ingleses se han generado en otros Estados miembros.

**178.** La situación actual puede llevar a establecer la jurisdicción en Inglaterra en base al domicilio de una filial, pero si el mercado inglés no se ha visto afectado de forma directa y sustancial los demandantes no podrían solicitar que la totalidad de sus

---

<sup>571</sup> G. KOUTSOUKO, P. PAVLOVA, “Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU- Kartellrechts“, en *WuW* 2014, pp. 153-163, p. 161.

<sup>572</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for the breach of Community competition law”, en *ZWeR* 1/2006, pp.1-27, p. 27.

<sup>573</sup> G. KOUTSOUKO, P. PAVLOVA, “Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU- Kartellrechts“, en *WuW* 2 2014, pp. 153-163, p. 162.



demandas se diriman conforme al derecho inglés. Esto sustraería efectividad al art. 6.3.b del R. Roma II.

La conexidad también debería depender en este tipo de casos del mercado afectado para así conseguir un sólo foro y un solo derecho aplicable. De esta forma, se respetarían los principios de previsibilidad, efectividad y seguridad jurídica.

## IV. LITISPENDENCIA Y PROCEDIMIENTOS PARALELOS

### 1. Introducción

**179.** Las acciones por daños provocados por infracciones del Derecho de la Competencia Comunitario pueden afectar a varias partes con domicilios e intereses en diferentes Estados miembros.

En aquellos casos en los que los perjudicados se dirijan contra los miembros de un cártel podremos encontrarnos con relativa facilidad con litigios y procedimientos paralelos sobre los mismos hechos y con partes idénticas o similares<sup>574</sup>. Así, se podrán dar fácilmente situaciones de litispendencia internacional en las que varios tribunales dentro de la Unión Europea hayan recibido demandas relativas a las mismas partes y mismos hechos, o demandas muy similares contra los miembros de un cártel internacional<sup>575</sup>.

**180.** Las normas de litispendencia no solucionan los problemas que pueda generar el *forum shopping*, pero sí pueden reducir la exposición a procedimientos paralelos en distintas jurisdicciones<sup>576</sup>. En este sentido, recordemos que no sirven para determinar la jurisdicción, si no que crean excepciones a las normas de competencia judicial internacional<sup>577</sup>.

---

<sup>574</sup> Sirva como ejemplo: C.A. UK, *Cooper Tire & Rubber Co & ors. V. Shell Chemicals UK Ltd & Ors*, 2009, EWHC, 2609 (Comm); *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd. & Ors. Dow Deutschland Inc & ors*, 2010 EWCA Civ 864. R. WHISH, “Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 155-166, p. 162. C. COOK, “Developments in European and UK Cartel Damages Litigation”, en A. FONT I RIBAS, S. GÓMEZ TRINIDAD, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 17-28, p. 26.

<sup>575</sup> Véase al respecto CE, COMP/E-1/37.512 *Vitaminas*, D.O. L 6/1 [2001]. UK, C.A.: *Roche Products Ltd & ors. V. Provimi Ltd*, 2003, EWHC 961, Alemania: LG Mannheim, 11 julio 2003- 7 0 326/02 resumida en *GRUR* 2004, 182. LG Mainz, 15 enero 2004-12HK O 52/02 resumida en *NJW RR* 2004 p. 478. Francia: Cour d’ Appel de Paris, 27 febrero 2014, R. 10/18285 *Doux /Ajinomoto*.

<sup>576</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damage Actions in EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7053.

<sup>577</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damage Actions in EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7054. E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia judicial internacional en las acciones de

Es necesario distinguir entre litispendencia en el sentido estricto de la norma, que se encuentra regulada en el art. 29 R. 1215/2012 y que se aplica en aquellos casos en los que haya identidad de partes y el art. 30 R. 1215/2012 que regula aquellos procedimientos relacionados entre sí en los que no haya identidad de partes.

## **2. Prior tempore, potior jure: Litispendencia ideal**

**181.** Cuando se constaten procedimientos paralelos en dos tribunales situados en Estados miembros distintos, el segundo tribunal después de determinar la jurisdicción tendrá que clarificar si tiene que inhibirse o suspender el procedimiento a favor del primer tribunal en virtud del art. 29 R. 1215/2012<sup>578</sup>.

De acuerdo con esta norma, si se inicia un procedimiento sobre la misma causa y entre las mismas partes ante los tribunales de distintos Estados miembros, cualquier otro tribunal distinto del primero en conocer del asunto deberá suspender el procedimiento hasta que se determine la jurisdicción del primer procedimiento<sup>579</sup>.

La norma equivalente en el Convenio de Bruselas era el art. 21. De esta forma, la jurisprudencia relativa a los arts. 21 y 22 puede ser empleada para interpretar el alcance de este art. 29 R. 1215/2012<sup>580</sup>.

**182.** El mecanismo de la litispendencia se activa si hay identidad de causa y objeto y de partes. Aunque algunos autores consideren que esta norma será poco relevante en las acciones por ilícitos Antitrust debido a la gran cantidad de partes

---

reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 642. H. GROTHE, “Rechtswegverweisung und Rechtshängigkeitserschleichung im Anwendungsbereich von Art. 21 EuGVÜ/LugÜ und Art. 27 EuGVO“ en *IPRAX* 2004, pp. 83-89.

<sup>578</sup>M. WILDERSPIN, “Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6 (I), 23,27 and 28 in Antitrust Litigation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 56.

<sup>579</sup>A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Vol I, Granada, Comares 2013, p. 261.

<sup>580</sup>Véase considerando nº 19 R. 44/2001.

implicadas, sí se han dado situaciones en las que el art. 29 R. 1215/2012 ha supuesto un vuelco asunto, por lo que su estudio merece una consideración especial<sup>581</sup>.

### 3. Identidad de partes

**183.** Para que el segundo tribunal se inhiba, las partes en ambos pleitos deberán ser idénticas. No basta con que parte de los demandados o demandantes participen en el otro procedimiento y su posición carece de importancia<sup>582</sup>. Precisamente en *Tatry* se analiza la figura conocida como torpedo italiano: el demandante del primer procedimiento declarativo es el demandado en el segundo procedimiento por daños y perjuicios<sup>583</sup>.

*Cuando las partes del segundo procedimiento coincidan sólo parcialmente con las partes del procedimiento iniciado anteriormente en otro Estado contratante, sólo se exige que se inhiba el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento si las partes del litigio pendiente ante el mismo son también partes del procedimiento anteriormente iniciado. Dicho artículo no impide que continúe el procedimiento entre las demás partes*<sup>584</sup>.

Las empresas que quisieran torpedear posibles acciones por daños y perjuicios por ilícitos Antitrust tendrían que identificar todos los posibles actores con el objeto de bloquearlos de forma efectiva<sup>585</sup>. De esta forma, distintos compradores directos o

---

<sup>581</sup> Véase por ejemplo el torpedo de Enichem contra Cooper Tire, en el asunto *Cooper Tire* antes descrito. C.A. UK, *Cooper Tire & Rubber Co & ors. V. Shell Chemicals UK Ltd & Ors*, 2009, EWHC, 2609 (Comm); *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd. & Ors. Dow Deutschland Inc & ors*, 2010 EWCA Civ 864. M. WILDERSPIN, Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6 (I), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, 2012, p. 56.

<sup>582</sup> H. GROTHE, "Rechtswegverweisung und Rechtshängigkeitserschleichung im Anwendungsbereich von Art. 21 EuGVÜ/LugÜ und Art. 27 EuGVO" en *IPRAX*, 2004, pp. 83-89.

<sup>583</sup> C.A. UK, *Cooper Tire & Rubber Co & ors. V. Shell Chemicals UK Ltd & Ors*, 2009, EWHC, 2609 (Comm); *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd. & Ors. Dow Deutschland Inc & ors*, 2010 EWCA Civ 864. Y véase también STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer AG*, C-133/11.

<sup>584</sup> STJCE, 6 diciembre de 1994, *Tatry/Maciej Rataj*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. 5439, apdo 36.

<sup>585</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, "Competencia Judicial Internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust", en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 642. J. SUDEROW, "Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: forum shopping y demandas torpedo", en *CDT*, Vol. 2, 2010, pp. 315-331.

indirectos no pueden considerarse “mismas partes”.

**184.** El asunto *Cooper Tire* citado con anterioridad nos plantea el ejemplo ideal: *Enichem* se adelantó a las demandas de los afectados por el cártel de la goma butadieno, iniciando una demanda declarativa en Milan contra 28 fabricantes de neumáticos. Posteriormente, 26 de ellos demandaron a *Enichem* y a otras 22 empresas ante la *High Court* de Londres reclamando daños y perjuicios. Estas 22 empresas junto con *Enichem* habían sido sancionadas por la Comisión Europea en el año 2006 por fijar los precios de la goma butadieno un producto empleado en la fabricación de neumáticos<sup>586</sup>.

Debido a la identidad directa, a la *High Court* no le quedó más remedio que rechazar la demanda de los 26 fabricantes que habían sido demandados en Milán y reclamaban daños y perjuicios en Londres de *Enichem*. La acción declarativa ante el tribunal de Milán ha fracasado. No obstante, *Enichem* ha conseguido su objetivo principal: dificultar las acciones de daños y perjuicios planteadas en Londres<sup>587</sup>.

La identidad de partes debe ser sustantiva y no formal. Aunque haya personas jurídicas distintas involucradas en el litigio, puede que sí haya identidad de partes según el art. 29 R. 1215/2012.

Según la sentencia *Cooper Tire*, la identidad entre los intereses de las distintas empresas será determinante y habrá que analizar si una sentencia contra una de ellas podría considerarse cosa juzgada<sup>588</sup>. Así, la *High Court* basándose en la *Sentencia Kolden Holding Limited v Rodette Commerce Limited* y supuestamente en *Tatry y Drouot*<sup>589</sup> afirma que la identidad no se destruye por el mero hecho de que afecte a entidades jurídicas distintas y que podría darse cuando (i) la sentencia contra una de las partes

---

<sup>586</sup> CE, 29 noviembre 2006, *Butadiene Rubber (BR)* y *Emulsion Styrene Butadiene Rubber (ESBR)* COMP/F/38.638.

<sup>587</sup> UK C.A., 23 Julio 2010, *Cooper Tire & Rubber company europe limited & orsDow deutschland inc and others*: [2010] EWCA Civ 864, Case No: A3/2009/2487 & A3/2009/2489. No obstante los tribunales Ingleses sí rechazaron las alegaciones del resto de demandadas que solicitaban la suspensión con la demanda dirigida contra ellas. Por ello el torpedo sólo ha resultado beneficioso para Enichen. *Vid.* R. WISH, “Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 155-166, p. 162.

<sup>588</sup> STJCE, 19 mayo 1998, *Drouot*, C-351/96, *Rec.* 1998, p. 3075, apdo. 19.

<sup>589</sup> STJCE, 19 mayo 1998, *Drouot*, C-351/96, *Rec.* 1998, p. 3075, apdo. 19.

suponga *res iudicata* frente a la otra entidad (ii) los intereses de las partes sean idénticos e indisociables<sup>590</sup>.

La interpretación en *Cooper Tire* podría ser más extensiva de lo permitido por *Tatry* y *Drouot*. En *Drouot* el TJCE añade la condición “idéntica e indisociable” puesto que las partes no eran idénticas en el sentido expreso pero se trataba de seguro y asegurado. La condición *res iudicata* se cita en *Drouot* como una indicación ilustrativa más que decisiva y no como una condición necesaria. Asimismo, la diversidad de partes en el asunto *Cooper Tire* no se asemeja en absoluto a las situaciones juzgadas por *Tatry* y *Drouot*<sup>591</sup>.

De lo anterior se desprende que en el Reino Unido la efectividad de los torpedos quedará parcialmente limitada a disputas entre las principales o entre los cartelistas y los compradores directos, ya que éstos sí son conocidos y se conoce el alcance de los posibles daños y perjuicios.

**185.** Claro está, todo depende del caso: Cuando las acciones giren en torno a un número pequeño de implicados, como es por ejemplo el caso del cártel de los raíles ferroviarios en los que se encuentran implicadas pocas empresas, el torpedo italiano sí podría servir para mejorar la posición de las empresas que esperan ser demandadas.

Por el contrario si el cártel afecta a un producto de distribución masiva a lo largo de una cadena de varios niveles, el art. 29 R. 1215/2012 tan sólo bloquearía una pequeña parte de las demandas.

#### 4. Objeto y causa idénticos

---

<sup>590</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7059.

<sup>591</sup> D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7059.

**186.** Las demandas formuladas tendrán el mismo objeto y la misma causa. Se considera la misma causa cuando las demandas en cuestión se refieran a los mismos hechos y derechos.

La *causa* incluye los hechos y la norma jurídica invocados como fundamento de la demanda<sup>592</sup>. Como el resto del R. 1215/2012, estos conceptos se interpretan de forma independiente y autónoma<sup>593</sup>. Esta amplia definición tiene por objeto garantizar el buen funcionamiento de la justicia en la Unión Europea y abarcar cualquier supuesto en el que exista riesgo de resoluciones contradictorias<sup>594</sup>.

El asunto *Tatry* sirvió al TJCE para determinar que una demanda declarativa sobre la responsabilidad de una parte y una demanda de daños y perjuicios por los mismos hechos tienen el mismo objeto. Si bien el TJCE no se ha pronunciado sobre acciones relativas a ilícitos Antitrust, la doctrina *Tatry* se puede emplear analógicamente a demandas por daños y perjuicios por infracciones del Derecho *Antitrust* y *torpedos* de cualquiera de los infractores que busque entorpecer cualquier procedimiento en su contra. En el asunto antes citado, *Cooper Tire*, las partes reconocen sin mayores objeciones que se encuentran ante procedimientos con un mismo objeto y causa: un cártel y sus consecuencias civiles<sup>595</sup>.

En este sentido, *el hecho de que las pretensiones del demandante se formulen de forma negativa en la primera demanda, mientras que en la segunda demanda el demandado, convertido en demandante, las formula de forma positiva, no hace que el objeto del litigio sea distinto*<sup>596</sup>.

El objeto principal tampoco varía puesto que la indemnización de los daños generados es la consecuencia natural del reconocimiento de la responsabilidad<sup>597</sup>.

---

<sup>592</sup> STJCE, 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. 5439, apdo. 39.

<sup>593</sup> STJCE, 12 agosto 1987, *Gubisch*, C-144/86, *Rec.* 1987, p. 4861. M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 124.

<sup>594</sup> STJCE, 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. 5439, apdo. 53.

<sup>595</sup> UK, H.C., 27 octubre 2009, *Cooper Tire & Rubber company and others- and – Shell Chemicals uk limited and others*, [2009] EWHC 2609 (Comm) apdo. 68.

<sup>596</sup> STJCE, 6 diciembre de 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. 5439, apdo. 53.

<sup>597</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, “Competencia Judicial Internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del Derecho Antitrust”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 642, p. 643. J. SUDEROW, “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo?”, en *CDT* 2013 Vol. 5, pp. 184-198.

En Alemania, el *Oberlandesgericht* o Tribunal Superior de *Köln*, ha determinado que no se trata de la misma causa una demanda planteada ante el juzgado de primera instancia de Salzburgo basada en una restricción del negocio mientras que el pleito alemán gira en torno a si una empresa de cualquier Estado puede ofrecer, anunciar y realizar apuestas deportivas en Alemania<sup>598</sup>.

Cabe preguntarse si se trata de la misma causa cuando una demanda se refiere, por ejemplo, a una infracción que afecte a España y a Suecia a la vez. En este caso no se tratará de los mismos hechos, puesto que cada demanda se referiría a los hechos acaecidos en su país, por lo que el art. 29 R. 1215/2012 no resultará de gran utilidad.

**187.** Por último el TJCE ha determinado en el asunto *Gantner* que:

*Para apreciar si hay litispendencia entre dos litigios, no pueden tenerse en cuenta los motivos de oposición que un demandado pueda invocar con posterioridad al momento en el que se considere que un tribunal conoce definitivamente del litigio con arreglo a las normas de su Derecho nacional, sea cual sea la naturaleza de tales motivos, y en particular los basados en la compensación<sup>599</sup>.*

De esta forma, argumentos sobre la naturaleza de la acción contractual o extracontractual que pudiesen alegar empresas demandadas carecerían de relevancia.

## **5. Litispendencia Intra - UE después del R. 1215/2012**

**188.** La reforma del R 44/2001 ha permitido modificar las normas de litispendencia definiendo el procedimiento a seguir en caso de acciones paralelas ante

---

<sup>598</sup> OLG Köln, 6U 135/03, *German Lottery Company*, ILPr 2005, p. 35.

<sup>599</sup> STJCE, 8 mayo 2003, *Gantner*, C-111/01, *Rec.* 2003, p. 4207, apdo. 31.



distintos Estados. El art. 29 R. 1215/2012 del nuevo texto se basa principalmente en el sistema existente reconociendo expresamente la nueva excepción establecida en el art. 31.2 R. 1215/2012. El art. 29.2 R. 1215/2012 establece la obligación del segundo tribunal de informar al primero de la fecha de interposición de la demanda mientras que el art. 32 R. 1215/2012 define que se considerará que el tribunal u órgano judicial conoce de un litigio desde el momento en el que se presente el escrito de demanda y cuando el demandante no deje de tomar las medidas necesarias para que se notifique al demandado<sup>600</sup>.

## 6. Litispendencia y terceros Estados

**189.** Las nuevas normas de litispendencia también contienen un mecanismo específico cuando uno de los tribunales afectados se encuentre fuera de la Unión Europea. Este mecanismo es muy diferente al aplicable en situaciones intra UE al permitir suspender el procedimiento en el Estado miembro cuando se pueda esperar que la resolución del tribunal del tercer Estado pueda ser reconocida y ejecutada en el Estado miembro en el que se tramita el segundo procedimiento y se estime que la suspensión del procedimiento resulta necesaria en aras de la buena administración de justicia<sup>601</sup>.

El considerando 24 del R. 1215/2012 establece que la apreciación de la buena administración de justicia *debe valorar todas las circunstancias del asunto de que conoce. Esta valoración puede incluir las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate, la fase a la que se haya llegado en el procedimiento en el Tercer Estado en el momento en el que se inicia el procedimiento ante el órgano del Estado miembro, y si cabe esperar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro dicte una resolución en un plazo razonable.*

---

<sup>600</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, en *Diario La Ley*, Nº 8013, 31 enero 2013, p.6.

<sup>601</sup> P. ROGERSON, “Lis pendens and third states: The Commission’s Proposed Changes to the Brussels I Regulation”, en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, Londres, British Institute of International and Comparative Law 2012, pp. 101-124, p. 118. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, en *Diario La Ley*, Nº 8013, 31 enero 2013, p.6.

El criterio de la buena administración de justicia bloquea la decisión automática y mecánica de la norma de litispendencia intracomunitaria, permitiendo cierta discreción y análisis por parte del juez del Estado miembro por lo que parece invitar a un test similar al principio *forum non conveniens* con el fin de evitar resultados similares a los causados por la doctrina *Owusu*<sup>602</sup>.

**190.** Como hemos visto, las acciones por ilícitos Antitrust contra cárteles de carácter mundial, como, por ejemplo, el cártel de las vitaminas o el del transporte aéreo, han originado diversos procesos dentro y fuera de la Unión Europea y en especial en Estados Unidos. Cabe preguntarse cómo reaccionarían los tribunales nacionales europeos cuando se haya iniciado un procedimiento civil con anterioridad en los Estados Unidos de América. Recordemos que en este país la aplicación privada del Derecho de la Competencia prevalece sobre la pública y que además los daños punitivos pueden resultar especialmente elevados<sup>603</sup>. ¿Podría una sentencia de un tribunal estadounidense con daños punitivos ejecutarse en Europa?

En el futuro puede que un demandado en Europa trate de intentar bloquear a aquellos demandantes que ya hayan participado en el procedimiento estadounidense. Cuando una filial de una multinacional participa en una acción de clase en Estados Unidos, ¿su matriz europea ya no podrá reclamar daños y perjuicios en Europa? ¿Estamos aquí ante una situación de identidad de partes? ¿Se puede extender el concepto de *Undertaking* a este tipo de supuestos de la forma planteada por el Juez *Teare* en el asunto *Cooper Tire*?

---

<sup>602</sup> P. ROGERSON, “Lis pendens and third states: The Commission’s Proposed Changes to the Brussels I Regulation”, en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, Londres, British Institute of International and Comparative Law 2012, pp. 101-124, p. 118. La propuesta inicial de la Comisión Europea de 14 de Diciembre de 2010 no contenía una definición de buena administración de justicia dificultando la interpretación de un término calificado como “oscuro” y de difícil interpretación en países que desconocen el principio de *forum non conveniens*.

<sup>603</sup> H. KOZIOL, V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil law Perspectives*, Viena, Springer 2009.

## 6. Torpedos y posibles abusos

**191.** El torpedo italiano es un mecanismo asociado a la litispendencia que se emplea para ligar procedimientos a jurisdicciones particularmente lentas o poco eficientes<sup>604</sup>. Su principal objetivo es debilitar la posición de la parte contraria en un litigio internacional.

Esta estrategia debe su nombre al italiano FRANZOSI que comparaba la norma de litispendencia con un convoy de barcos ya que éste avanza a la velocidad del barco más lento y debe esperar a que éste supere sus problemas técnicos para poder continuar con su viaje<sup>605</sup>.

A pesar de la armonización e integración europeas, la celeridad de los tribunales en las distintas jurisdicciones europeas no es uniforme y en la actualidad sigue habiendo una gran diferencia en los tiempos, calidad e incluso de conocimientos técnicos entre los jueces de unos Estados miembros y otros.

De hecho, FRANZOSI nacionaliza al torpedo como italiano por ser este país el destino favorito de estas demandas abusivas debido a la famosa lentitud de su sistema judicial<sup>606</sup>. Bélgica también pertenece a los destinos favoritos de los torpedos y acciones declarativas, mientras que otros Estados como Alemania suelen ser los preferidos para las demandas por infracción de la patente o Inglaterra para las demandas de daños por ilícitos Antitrust por su celeridad o experiencia en este tipo de asuntos.

**192.** La doctrina ha planteado en varias ocasiones si los torpedos justificarían una excepción al art. 29 R. 1215/2012<sup>607</sup>. Existen dos tipos de casos:

---

<sup>604</sup> Véase sobre los torpedos: “J. SUDEROW, nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo?”, en *CDT* 2013 Vol. 5, pp. 184-198.

<sup>605</sup> M. FRANZOSI, “Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo”, en *EIPR* 1997, p. 7 y ss también disponible en <http://www.franzosi.com/articolo/1997/worldwide-patent-litigation-and-the-italian-torpedo/en>

<sup>606</sup> J. SUDEROW, “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo?”, en *CDT* 2013, Vol. 5, pp. 184-198.

<sup>607</sup> M. WELLER, “Lis Pendens and similar proceedings” en B. HESS, (Coord.) *Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Munich, Beck 2008, p. 193, apdo. 439.

- (i) El primer tribunal podría haber esperado demasiado tiempo sin decidir si se declara competente o no.
- (ii) Aquellas situaciones en las que un retraso en el procedimiento parece inminente o amenazante.

El TJCE, en su sentencia *Gasser*, se refiere al segundo supuesto<sup>608</sup>. El tribunal superior de *Innsbruck* planteó sus cuestiones prejudiciales alegando la excesiva duración habitual de procedimientos ante los tribunales de Italia. La respuesta del TJUE rechaza de pleno este motivo para justificar una excepción en aras de garantizar una buena administración de justicia. La libre circulación de sentencias se basa en el respeto mutuo entre los órganos judiciales de todos Estados miembros. Cualquier excepción afectaría negativamente al respeto entre los distintos tribunales<sup>609</sup>.

## 7. Consecuencias para las acciones contra ilícitos Antitrust

**193.** El art. 29 R. 1215/2012 reduce el riesgo de procedimientos paralelos, garantizando a su vez la libre circulación de la única sentencia dictada en el asunto.

Las partes cada vez son más conscientes de que el que primero que presente la demanda tiene muchas posibilidades de escoger el tribunal competente<sup>610</sup>. Ahora bien, en la mayoría de los asuntos derivados de infracciones del Derecho *Antitrust*, los perjudicados son los últimos en conocer el alcance de los hechos y daños en detalle puesto que tienen que esperar la resolución sancionadora. En las demandas *follow on* tendrán que basarse en esta resolución por lo que su posición es especialmente débil. Por el contrario, las empresas sancionadas pueden disponer de mucho tiempo para preparar torpedos y otros instrumentos de defensa incluso antes de la resolución

---

<sup>608</sup> STJCE, 9 diciembre 2003, *Gasser*, C-116/02, *Rec.* 2003, p. 432.

<sup>609</sup> H. GROTHE, “Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzip im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung (zu EuGH, 9.12.2003-Rs. C-116/02-Erich Gasser GmbH ./MISAT Srl.)“, en *IPRAX* 2004, pp. 205 -212 p. 212.

<sup>610</sup> J. BASEDOW, Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law, en J. BASEDOW (Coord.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 230-252, p. 252.

sancionadora y en cualquier caso con anterioridad a la publicación de la misma. Esta situación genera un desequilibrio palmario tal y como refleja el caso *Cooper Tire contra Enichem*.

La excepción en casos de abuso podría servir para evitar el *forum shopping* de posibles demandadas en aquellos asuntos en los que, por ejemplo, las demandas declarativas sean meros torpedos, esto es, claramente injustificadas o en las que resulte evidente que el primer tribunal se va a declarar incompetente. *Enichem* presentó la demanda en Italia pidiendo la declaración de no existencia del cártel, sin molestarse en recurrir los mismos hechos a nivel europeo<sup>611</sup>.

**194.** El reciente caso *Folien Fischer/Ritrama* descrito con anterioridad supone un afianzamiento del torpedo. Al contrario del caso *Enichem*, las empresas suizas han buscado la jurisdicción más rápida en lugar de la más lenta además de otras consideraciones estratégicas, por lo que podemos hablar de un típico caso de *rush to the courts*<sup>612</sup>.

En aquellos casos en los que los hechos o fundamentos de derecho relacionados con la acción declarativa negativa justifiquen una conexión con el Estado en el que, o bien ha sobrevenido el hecho causal o bien se ha producido o puede producirse el daño, el tribunal de uno u otro de esos lugares podrá declarar válidamente su competencia con independencia de si tal acción ha sido ejercitada por la presunta víctima de un acto ilícito o por el deudor potencial<sup>613</sup>. De esta forma los participantes de un cártel pueden presentar su acción declarativa ante un foro que les resulte más interesante que el ofrecido por el art. 4 o por el resto de normas del R. 1215/2012 ampliando así sus opciones de torpedear o dificultar posibles acciones por daños y perjuicios.

---

<sup>611</sup> CE, 29 Noviembre 2006, *Butadiene Rubber( BR) y Emulsion Styrene Butadiene Rubber (ESBR)*, COMP/F/38.638, consultada por última vez el 31.01.2013 en [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38638/38638\\_826\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38638/38638_826_1.pdf)

<sup>612</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Vol I, Granada Comares 2013, p. 262.

<sup>613</sup> STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer AG*, C-133/11, apdo. 52.

## 8. Procedimientos paralelos y conexidad

**195.** Las acciones contra ilícitos Antitrust se toparán más a menudo con la suspensión por demandas conexas que por litispendencia *stricto sensu*.

El art. 30 R 1215/2012 se encarga de regular la forma de actuar en caso de que haya dos asuntos pendientes ante los tribunales de distintos Estados miembros que estén relacionados sin que haya identidad de partes<sup>614</sup>. El segundo tribunal a su discreción podrá suspender el procedimiento. También podrá rechazar su jurisdicción si el primer tribunal se declara competente y puede consolidar ambos procedimientos. Ahora bien, no se trata de *forum non conveniens* puesto que no se cuestiona qué tribunal está mejor posicionado o resulta más apropiado sino que se suspende el procedimiento ante el riesgo de sentencias irreconciliables<sup>615</sup>.

**196.** Se consideran “conexas” aquellas demandas que estén “*vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente*”. La interpretación debe de ser amplia y abarcar aquellos casos excluidos por el art. 29 R. 1215/2012<sup>616</sup>. Al contrario del art. 29 R. 1215/2012 que impone la suspensión automática, esta norma es más flexible al permitir al segundo tribunal decidir si suspende y/o rechaza.

### A) Demandas inconciliables

**197.** El art. 30 R. 1215/2012 requiere dos procedimientos en los exista el riesgo

---

<sup>614</sup> J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, Recht und Wirtschaft 2005, p. 361, Art. 28, apdo. 2.

<sup>615</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 121.

<sup>616</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Vol I, Granada, Comares 2013, p. 264.

de resoluciones contradictorias. Esta definición debe diferenciarse del art. 45 R. 1215/2012 que regula el reconocimiento de resoluciones contradictorias en diferentes Estados miembros, ya que no se exige consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes<sup>617</sup>.

Las acciones por daños y perjuicios por ilícitos Antitrust pueden resultar particularmente contradictorias. En algunos Estados miembros, como por ejemplo Reino Unido, se podrían imponer indemnizaciones muy elevadas mientras que en otros Estados miembros no existen apenas ejemplos y casuística resultando la labor del juez especialmente compleja<sup>618</sup>.

El juez deberá analizar los siguientes aspectos: (a) grado de relación y riesgo de resoluciones irreconciliables entre sí, (b) situación procesal de cada procedimiento y (c) relación del tribunal y el objeto del litigio<sup>619</sup>.

**198.** En el asunto *Cooper Tire*, los tribunales ingleses han asumido que las acciones planteadas en Italia podían estar relacionadas con las acciones interpuestas en Inglaterra en relación al resto de demandantes y demandadas no incluidos en el torpedo de *Enichem*. Sin perjuicio de esto, el juez *Teare* ha rechazado suspender el procedimiento en relación al resto de demandadas puesto que considera que el procedimiento italiano no iba a terminar antes que el inglés.

**199.** A su vez, en Holanda, los tribunales han rechazado suspender un procedimiento seguido en la Haya contra los fabricantes de parafina en base al procedimiento iniciado con anterioridad en relación al mismo cártel ante los tribunales de Londres. El tribunal holandés reconoce que es evidente que existe una conexión. No

---

<sup>617</sup> STJCE, 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. 5439, apdos. 57 y 58.

<sup>618</sup> Véase por ejemplo: UK H.C., 6 mayo 2003, *Provimi Limited v. Trouw (UK) Limited* 2003 EWHC 961. F.W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe” en *EBOR* 2003, pp. 623-650.

<sup>619</sup> STJCE, 20 enero 1994, *Owens Bank*, *Rec.* 1994, pp. 117-157. H. GROTHE, “Rechtswegverweisung und Rechtshängigkeitserschleichung im Anwendungsbereich von Art. 21 EuGVÜ/LugÜ und Art. 27 EuGVO” en *IPRAX* 2004, pp. 83-89.

obstante, considera que en estos momentos del procedimiento no hay riesgo de resoluciones inconciliables, puesto que ni siquiera se ha contestado a la demanda principal y el procedimiento se encuentra en una fase muy preliminar. No obstante el tribunal holandés se reserva suspender el procedimiento en el futuro si lo considera necesario y apropiado<sup>620</sup>.

## **B) Consecuencias**

**200.** El art 30 R. 1215/2012 ofrece tres alternativas, suspensión, inhibición o continuación del procedimiento:

**Inhibición:** A instancia de una de las partes, el segundo tribunal podrá inhibirse si la ley del primer tribunal permite la acumulación de asuntos conexos y si el primer tribunal fuese competente para conocer de ambas cuestiones. Según el art. 30 R. 1215/2012, las demandas deberán estar pendientes en primera instancia<sup>621</sup>.

**Suspensión:** Las partes también podrán solicitar al segundo tribunal que suspenda el procedimiento, pudiendo valorar la competencia judicial internacional del primer tribunal para conocer de la demanda, el tiempo que pueda tardar en dictar sentencia y la celeridad del proceso. Esta alternativa también puede ser acordada de oficio por el segundo tribunal podrá tener en cuenta las conclusiones del primer tribunal.

**Continuación:** Por último, y aunque no esté recogido en el art. 30 R. 1215/2012, el segundo tribunal podría continuar con el procedimiento cuando no concurran las circunstancias descritas en las otras dos alternativas.

## **C) Conexidad con terceros Estados**

---

<sup>620</sup> Corte distrito de la Haya, 1 mayo 2013, *CDC Project 14 SA*, C/09/414499, apdo. 4.31.

<sup>621</sup> J KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt, Recht und Wirtschaft 2005, p. 365, Art. 28, apdo. 8.



**201.** Debido a la extensión de la normas de competencia judicial internacional aumentará el riesgo de procedimientos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de terceros países y de los Estados miembros<sup>622</sup>. La versión finalmente aprobada sí contiene la extensión de las normas de conexidad a litigios en los que haya terceros estados involucrados<sup>623</sup>. Por lo demás, la norma de conexidad funciona de la misma forma que el mecanismo de litispendencia.

#### **D) Conexidad y la Directiva 2014/104**

**202.** Una de las principales novedades de la Directiva 2014/14 de Daños está regulada en su art. 15.1 que regula la forma de probar si un comprador indirecto ha pasado el sobreprecio o no, indicando que el tribunal deberá considerar otras acciones en relación a la misma infracción pero a niveles distintos de la cadena de suministro<sup>624</sup>. Estas acciones podrían haberse planteado ante otros tribunales o estar pendientes de resolución. El objetivo de esta norma es consolidar las acciones de las diferentes jurisdicciones que se basen en la misma infracción<sup>625</sup>. De acuerdo con la Comisión Europea, estas acciones se podrían considerar relacionadas entre sí en el sentido del art. 30 R. 1215/2012<sup>626</sup>. La Comisión Europea en su memorando va más allá al afirmar que la Directiva tiene un alcance mayor que el del R. 1215/2012. No obstante, esto contradice a la propia Comisión, que se refiere al art. 30 R. 1215/2012 como la base para la consolidación de los litigios en los distintos niveles de la cadena de suministro. Sin perjuicio de lo anterior la norma propuesta en la Directiva no se refiere sólo a litigios entre los Estados miembros sino también en los propios Estados miembros, por

---

<sup>622</sup> Libro verde sobre la revisión del Reglamento (CE) N° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 175 final, consultado por última vez el 25.01.2013 en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0175:FIN:ES:PDF>

<sup>623</sup> Vid. P. ROGERSON, "Lis pendens and third states: The Commission's Proposed Changes to the Brussels I Regulation", en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2012, pp. 101-124, p. 118.

<sup>624</sup> Memorando de la Comisión Europea sobre la propuesta de Directiva, apartado 4.4. D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar 2013, apdo. 7079.

<sup>625</sup> Memorando de la Comisión Europea sobre la propuesta de Directiva, apdo. 4.4.

<sup>626</sup> Memorando de la Comisión Europea sobre la propuesta de Directiva, apdo. 4.4.

lo que su ámbito de aplicación se extendería al Derecho procesal interno y no sólo al Derecho internacional Privado.

## 9. Conclusiones

**203.** El art. 30 R. 1215/2012 ofrece una solución temporal al demandado mientras se clarifica el procedimiento principal, para que luego el asunto vuelva al segundo tribunal, si éste ordenó la suspensión.

**204.** Debido a que el art. 8.1 R. 1215/2012 sólo está abierto al demandante y no a la parte demandada, ésta no podrá solicitar la acumulación con otros posibles procedimientos que se hayan iniciado contra ella en otros Estados miembros y deberá recurrir a las normas de litispendencia. Por el contrario, si la empresa infractora se adelanta a las acciones de daños y perjuicios con una demanda torpedo sí podría usar o más bien abusar primero del art. 30 R. 1215/2012 y luego del art. 8.1 R. 1215/2012 y acumular todas las reclamaciones por daños y perjuicios en el foro de su elección.

Desgraciadamente esto mejora la posición de la empresa infractora que actúe con antelación, *vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*. No obstante, cabe preguntarse si estos vigilantes, merecen estas ventajas o si la ley debería proteger más a aquellos que desconocen la situación, es decir, los perjudicados y posibles demandantes<sup>627</sup>.

**205.** El R. 1215/2012 no permite que un tribunal rechace la competencia que le otorga el propio Reglamento ni siquiera en aquellos casos en los que no existan factores

---

<sup>627</sup> J. BASEDOW concluye que quizás no habría que permitirle la misma libertad de elección a las empresas infractoras que a las propias víctimas.: J. BASEDOW, Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law, en J. BASEDOW, (Coord.) Private Enforcement of EC Competition Law, La Haya, Kluwer 2007, pp. 230-252, p. 252.

de conexión con otro Estado miembro<sup>628</sup>. DANOV propone modificar el Reglamento y permitir que un tribunal se declare no competente cuando la supuesta conducta no tenga efecto directo en el mercado de su Estado miembro y si se ha acudido a otro tribunal de un Estado miembro que esté mejor posicionado para conocer del asunto. Así, se garantizaría que los casos se traten por los tribunales mejor posicionados siguiendo el ejemplo establecido por la red de autoridades de competencia nacionales (NCA). Esto también fomentaría la confianza mutua entre los distintos sistemas legales de la Unión Europea.

Según este autor, el criterio para determinar qué tribunal será competente debe de depender del mercado afectado, es decir de criterios objetivos y no del momento en el que se inicie la demanda<sup>629</sup>.

**206.** La dependencia del Derecho Comunitario Antitrust de mecanismos de aplicación existentes exige precisamente fijar criterios objetivos que no puedan ser manipulables por las partes.

Tal y como resalta *MÄSCH*, para que la aplicación privada del Derecho de la Competencia sea efectiva es necesario que el derecho subjetivo tenga el necesario (*Durchsetzungsmacht*) poder de imposición de forma que se respete el principio *Ubi ius ibi remedium*<sup>630</sup>. Esto incluye unas normas procesales que garanticen una aplicación correcta de la norma y un remedio justo o equitativo para los perjudicados por las de infracciones del Derecho *Antitrust*, así como procedimiento justo y razonable para los infractores que, como todos los demás, también tienen derecho a un procedimiento en el que se respeten sus derechos y que sea proporcional.

De lo anterior se desprende que este tipo de disputas debido a sus características merecen una regulación especial que tenga en cuenta todas sus particularidades.

---

<sup>628</sup> STJCE, 1 marzo 2005, *Owusu*, C 281/02, *Rec.* 2005, p. 01383.

<sup>629</sup> M. DANOVI, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011.

<sup>630</sup> G. MÄSCH, “Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot“, en *EuR* 2003, pp. 825-846, p. 845.

**207.** Si la opción de acumulación estuviese abierta a ambas partes del procedimiento podríamos dar un gran paso. También se deberían permitir las excepciones al art. 30 R. 1215/2012 en aquellos casos en los que el abuso sea palmario y especialmente perjudicial. Así, la demandada podrá, una vez ha sido demandada aceptar rápidamente el foro ante el que el demandante presentó la demanda y atraer a dicho foro el resto de demandas que pudiesen plantearse ante otros tribunales.

Con esta solución propuesta se delimitarían posibles procedimientos excesivos o abusivos y se alcanzaría la paz jurídica o *Rechtsfrieden*, respetando los intereses de ambas partes en un marco temporal estimable y procesalmente económico.

## V. DERECHO APLICABLE

### 1. Planteamiento

208. El Juez, una vez haya determinado su jurisdicción, deberá decidir qué derecho aplicar a la demanda derivada del ilícito Antitrust. Aunque la demanda se base en buena medida en el Derecho Antitrust Europeo establecido en los arts. 101 y 102 TFUE, las cuestiones relativas a las consecuencias del ilícito independientes de la normativa Antitrust se regirán por el Derecho Nacional que deba aplicarse al fondo del asunto<sup>631</sup>. Así, en la práctica pueden surgir problemas tanto en los casos en los que se basen en un contrato como en las reclamaciones de carácter delictual. El derecho aplicable a las obligaciones contractuales se establece según las normas del R. Roma I, mientras que las obligaciones extracontractuales se rigen por el R. Roma II.

El art. 15 R. Roma II introduce un importante cambio en la línea divisoria entre el derecho del foro y la ley aplicable, al aclarar la división entre normas procesales y materiales<sup>632</sup>. De esta forma se elimina parte de la incertidumbre existente. No obstante, cuestiones como la prueba, organización del proceso, valoración de la prueba, acceso a documentos o *disclosure* varían de un foro a otro en ocasiones de forma decisiva.

La elección del foro también puede, por tanto, afectar a cuestiones materiales y relativas al derecho aplicable y a su valoración. En algunos estados la aplicación del Derecho de otros estados se realiza con sus propios recursos, como es el caso de Alemania y el Instituto Max Planck, y en otros es necesario nombrar un experto que pruebe el derecho aplicable, mientras que en Inglaterra cada parte puede recurrir a un jurista u otro

---

<sup>631</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 654.

<sup>632</sup> H. MERCER, “Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions- Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy” en M. DANOVI, F. BECKER Y P. BEAUMONT, (Coords.) *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 329.

profesional para explicar el derecho extranjero al tribunal<sup>633</sup>.

En España la prueba de derecho extranjero se rige por lo establecido en el art. 281.2 LEC que permite un sistema flexible al admitir diversos medios de prueba. Desgraciadamente, la jurisprudencia ha establecido que en caso de falta de prueba los tribunales aplicarán el Derecho Español. Esta situación puede generar situaciones antijurídicas, al violar el carácter imperativo de las normas de conflicto, e injustas al bloquear la previsibilidad del Derecho aplicable. Además, esta interpretación se puede considerar incluso “imperialista” al imponer el derecho español a un caso que debe resolverse por Derecho Extranjero como única solución correcta<sup>634</sup>. Precisamente este problema también se ha planteado en otros estados miembros como el Reino Unido.

#### **A) Diferencias entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales**

**209.** El Derecho Internacional Privado -y aunque opere de forma autónoma- se refiere a conceptos legales nacionales cuando resulta necesario y no a la normativa comunitaria en materia Antitrust. Como cualquier acción civil, las acciones por ilícitos Antitrust tienen que ser caracterizadas<sup>635</sup>. La caracterización tiene por objeto determinar su naturaleza e identificar los factores de conexión más apropiados<sup>636</sup>. A su vez, el factor de conexión establecido en la norma de conflicto sirve para fijar la ley aplicable a la acción y la competencia judicial internacional<sup>637</sup>.

---

<sup>633</sup> H. MERCER, “Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions- Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy” en M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT, (Coords.) *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 329.

<sup>634</sup> A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, “El tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero”, en *La Ley*, nº 6238, 25 abril 2005, p. 8; sobre el Debate: J. PICÓ I JUNOY, “La prueba del Derecho Extranjero: ¿Dónde está el problema?” En X. A. LLUCH, J. PICÓ I JUNOY, M. RICHARD GONZALEZ, “La prueba Judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativa”, Barcelona, La Ley 2012.

<sup>635</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, D. LAWNICKA, “Relevance of the Distinction between the Contractual and Non-Contractual Spheres (Jurisdiction and applicable Law)” en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 130.

<sup>636</sup> H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, vol. I, 8ª Ed. Paris, LGDJ 1993, pp. 474-490.

<sup>637</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, D. LAWNICKA, “Relevance of the Distinction between the Contractual and Non-Contractual Spheres (Jurisdiction and applicable Law)” en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT,

La distinción entre las obligaciones contractuales y extracontractuales originaria del Derecho Internacional Privado de los distintos ordenamientos de los estados miembros se introdujo en el Derecho Internacional Privado Europeo con el Convenio de Bruselas de 1968<sup>638</sup>. A pesar de su origen, el Tribunal de Justicia afirmó que era una herramienta independiente y especial<sup>639</sup>. De hecho, como veremos, la caracterización de las acciones por ilícitos Antitrust en base al Derecho Internacional Privado Europeo resulta especialmente compleja.

Los conceptos contractual y extracontractual deben de interpretarse de forma autónoma, en base a la jurisprudencia del Tribunal<sup>640</sup>. Hasta la entrada en vigor del R. Roma II, la misma acción podía considerarse contractual, a la hora de fijar la competencia judicial internacional y extracontractual, a la hora de determinar el derecho aplicable. Aunque se considerase que las consecuencias de esta paradoja no eran serias, esta situación sí genera mucha inseguridad<sup>641</sup>. Los Reglamentos Roma I y II tienen entre sus objetos el eliminar esta dualidad; incluso resaltan la necesaria coherencia entre ambos<sup>642</sup>. La mayoría de los casos conocidos hasta la fecha suelen tener carácter extracontractual, aunque también se han dado demandas basadas en contratos<sup>643</sup>.

---

*International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 130.

<sup>638</sup> Convenio de Bruselas sobre la jurisdicción y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 1968, 1972, DOCE, L299/32.

<sup>639</sup> STJCE, 14 octubre 1976, *LTU*, C 29/76, *Rec.* 1976, p. 1541, apdo. 3.

<sup>640</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, D. LAWNICKA, "Relevance of the Distinction between the Contractual and Non-Contractual Spheres (Jurisdiction and applicable Law)" en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 130.

<sup>641</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, D. LAWNICKA, "Relevance of the Distinction between the Contractual and Non-Contractual Spheres (Jurisdiction and applicable Law)" en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 132. Opinión del Abogado General Jacobs en el asunto *Jakob Handte*, C-26/91, *Rec.* 1992, p. 3967, apdo. 23.

<sup>642</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, D. LAWNICKA, "Relevance of the Distinction between the Contractual and Non-Contractual Spheres (Jurisdiction and applicable Law)" en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 133.

<sup>643</sup> Véase el estudio realizado por B. RODGER y otros, *Application of Competition Law in the National Courts*, conclusiones disponibles en <http://www.clcpecreu.co.uk/> (consultado por última vez el 20.3.2014).

## **B) Relevancia del derecho nacional**

**210.** En la sentencia *Courage*, el TJCE recordó que la plena efectividad de los arts. 101 y 102 TFUE estaría en peligro si no fuese posible para cualquier persona reclamar los daños y perjuicios provocados por una conducta contraria a las normas citadas<sup>644</sup>. En ausencia de normas comunitarias, la reclamación deberá realizarse según la normativa procesal nacional. A primera vista parece que este razonamiento se encuentra inacabado: Mientras que se remite a la normativa nacional en relación a todas las cuestiones procesales no menciona el derecho material, a excepción de la existencia de la acción en sí que deriva del art. 101 TFUE. Ahora bien, en *Manfredi* el TJCE sí se explaya un poco más al referirse también a otras cuestiones, como la justificación, prescripción, y alcance de los daños<sup>645</sup>.

De esta forma, debemos cuestionarnos cómo se determinan las condiciones de dicha reclamación. ¿Se basa la reclamación en la responsabilidad sin más o en la falta? ¿Qué efecto tiene la negligencia? ¿El cálculo de los daños incluye el lucro cesante y los intereses? Además, aspectos como la prescripción o la responsabilidad solidaria pueden variar de forma decisiva de un derecho aplicable a otro. Hasta la transposición de la Directiva, todas estas cuestiones de derecho material aplicables a la acción por una infracción de las normas comunitarias deberán regirse por las normas nacionales aplicables al fondo del asunto<sup>646</sup>.

**211.** La Directiva se refiere tan sólo a ciertos aspectos sobre las acciones de daños y perjuicios por infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE<sup>647</sup>. Este instrumento

---

<sup>644</sup>STJCE, 20 septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297, apdos. 25 y 26.

<sup>645</sup> STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619.

<sup>646</sup>Véase también: STJUE, 14 junio 2011, *Pfleiderer*, C 360/09, *Rec.* 2011, p. 5161, apdo. 28; STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis*, C 199/11; STJUE 18 julio 2013, *Schindler*, C 501/11; STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11.

<sup>647</sup>Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394..



podrá regular las distintas cuestiones abordadas en los documentos de la Comisión, pero no alcanzará a todo el derecho de las obligaciones contractuales y extracontractuales por lo que la normativa nacional sigue y seguirá siendo relevante en este tipo de acciones.

De anterior, podemos concluir que la propia naturaleza de este tipo de acciones plasma la relevancia de la elección del derecho aplicable.

## **2. Derecho aplicable a las obligaciones contractuales**

### **A) Derecho aplicable a demandas de nulidad de contratos**

**212.** En el contexto del R. Roma I surgirán demandas sobre la validez de un contrato que puede ser nulo e ilegal por ser contrario al Derecho de la Competencia, o demandas que exigen el cumplimiento de una cláusula contractual o la declaración de su nulidad<sup>648</sup>.

Además del Derecho de la Competencia primario, recogido en los arts. 101 y 102 TFUE, las normas relativas a las excepciones en bloque o *block exemption regulations* también pueden generar problemas de interpretación cuando autoricen acuerdos que podrían asimismo parecer contrarios al art. 101.1 TFUE. A su vez, el art. 101.3 TFUE permite excepciones per sé si se cumplen sus requisitos.

Desde el año 2003 los jueces y autoridades nacionales interpretan estas normas y su alcance<sup>649</sup>. Los reglamentos de excepciones en bloque pueden afectar, en particular, a acuerdos verticales, esto es por ejemplo acuerdos entre fabricante y distribuidor. Y precisamente en este tipo de casos la litigiosidad puede ser más elevada que en los casos de daños y perjuicios. Sirvan de ejemplo los casos sobre acuerdos verticales de las

---

<sup>648</sup> M. FALLON, S. FRANCO, “Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford Hart Publishing 2012, p.70.

<sup>649</sup> A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I. Parte General, La Competencia, Madrid, Colex 2009, p. 38.

gasolineras en España y *Courage* sin ir más lejos<sup>650</sup>. Pues bien, el juez nacional -y con independencia del derecho aplicable, según el R. Roma I- deberá respetar el Derecho comunitario secundario en cualquier caso<sup>651</sup>.

## **B) Ámbito de aplicación del R. Roma I**

**213.** El R. Roma I se extiende a todas las obligaciones contractuales de naturaleza civil o mercantil, entre las que se encuentran las acciones derivadas por ilícitos Antitrust que se basan en contratos de compraventa de productos, distribución servicios<sup>652</sup>. Estos contratos deberán tener carácter internacional con elementos extranjeros y efectos internacionales<sup>653</sup>. Las acciones basadas en suministros transnacionales o en relaciones comerciales entre empresas sitas en distintos Estados tendrán este carácter transnacional. Si la demanda se basa en un cártel que operaba a nivel nacional, habrá que analizar si existen elementos objetivos internacionales, tales como la entrega de la mercancía en otro Estado.

## **C) Alcance de libertad de elección y sus límites**

**214.** De acuerdo con la regla general del R. Roma I recogida en su art. 3.1, el contrato se regirá por lo establecido por el derecho que escojan las partes<sup>654</sup>. La elección de derecho puede ser expresa o tácita. En este sentido cabe preguntarse, cuáles son los límites a la libertad de elección y autonomía de las partes en contratos que puedan tener implicaciones Antitrust.

---

<sup>650</sup> M. FALLON, S. FRANCO, "Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford Hart Publishing 2012, p.70.

<sup>651</sup> M. FALLON, S. FRANCO, "Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.70.

<sup>652</sup> Sobre el ámbito de aplicación del R. Roma I en general véase: E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*. Granada, Comares, 2009, p. 23.

<sup>653</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares 2009, p. 23.

<sup>654</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, p. 54.

El art. 3.4 R. Roma I corrige posibles problemas respecto a la aplicación del Derecho Comunitario:

*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.*

El objetivo de esta norma es regular el tratamiento del derecho impositivo europeo en contratos que sólo están relacionados con la Unión Europea<sup>655</sup>. De esta forma el precepto limita la libertad de elegir el derecho Antitrust que rija la validez de su acuerdo cuando todos los elementos del contrato presenten conexiones con sólo uno o varios Estados Miembros en el momento de realizar la elección. Es evidente que las normas de competencia comunitarias que son esenciales para el funcionamiento del mercado interno son normas de carácter imperativo que no pueden ser excluidas.<sup>656</sup> Por tanto, los arts. 101 y 102 TFUE prevalecerán sobre las normas establecidas por la legislación elegida por las partes.

No obstante, el art. 3.4 R. Roma I no será relevante en aquellos casos en los que el contrato que supuestamente distorsiona la competencia presenta conexiones esenciales con otro país, y es implementado en este país. Por ejemplo, si una empresa española y una empresa de los EE.UU han escogido el derecho de Nueva York en un contrato que deba ejecutarse en los EE.UU y aunque este fuese contrario a los arts. 101 y 102 TFUE, el art. 3.4 R. Roma I no serviría para limitar la elección de las partes puesto que no todos los elementos están conectados con la Unión Europea.

**215.** Debido a que ni el Tratado de funcionamiento ni el Tribunal de Justicia han

---

<sup>655</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 141.

<sup>656</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford Hart Publishing 2011, p.142.

definido las consecuencias de la nulidad de aquellas previsiones del contrato que sean contrarias a los arts. 101 y 102 TFUE, el derecho que hayan escogido las partes será el que determine si el resto del contrato continua vigente o no<sup>657</sup>. Por tanto, la aplicación del Derecho Antitrust Europeo no impide que las partes escojan el derecho aplicable al resto del contrato, incluyendo cuestiones como la validez del contrato en caso de que alguna de sus cláusulas sea nula<sup>658</sup>. La última frase del art. 3.1 R. Roma I también confirma este principio, al establecer que las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad o parte del contrato. Así, el art. 3.4 R. Roma I nos indica que el Derecho Antitrust Europeo se aplicará para determinar si una cláusula del acuerdo es válida o no. Si ésta no fuese válida, entonces la ley elegida por las partes indicará si el resto del acuerdo es viable o no. De esta forma, la aplicación del Derecho Antitrust Europeo impuesta por el art. 3.4 R. Roma I podría provocar que el acuerdo se rija por más de un sistema legal limitando a su vez las posibilidades de las partes de excluir las normas Antitrust Europeas en aquellos casos en los que todos los elementos relevantes del contrato estén relacionados con la Unión Europea<sup>659</sup>.

#### **D) Contratos con consumidores**

**216.** Demandas de consumidores basadas en obligaciones contractuales se pueden dar por ejemplo en casos de abuso de posición dominante. Los consumidores demandantes deberán haber celebrado el contrato con la empresa infractora y demandada para que la reclamación se pueda considerar contractual.

El art. 6.2 R. Roma I restringe la libertad de elección de las partes con el fin de proteger a los consumidores, debido a su débil posición negociadora frente a las empresas que

---

<sup>657</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 142. A. KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, Hart Publishing 2008, pp. 156-157.

<sup>658</sup> Por ejemplo STJCE, 30 junio 1966, *Société Technique*, C 56/65, Rec. 1966, p. 363; STJCE 14 diciembre 1983, *Société de Vente*, C 319/82, Rec. 1983, p. 4173.

<sup>659</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 143.

suministran productos a gran cantidad de consumidores. Según esta norma se aplicará el derecho del país de residencia habitual del consumidor, salvo que ambas partes hubiesen escogido otra ley que establezca una protección mayor a favor del consumidor.<sup>660</sup>

La ley de preferencia, no deroga la elección de ley realizada por las partes pero exige que las normas imperativas del país de residencia del consumidor prevalezcan si protegen mejor al consumidor que la ley escogida por las partes<sup>661</sup>.

En los asuntos Antitrust, el mercado afectado coincidirá con el domicilio del consumidor afectado en muchas ocasiones por lo que el derecho aplicable estaría relacionado con el fondo del asunto y el juez podría estar mejor posicionado para conocer del asunto debido a la cercanía de pruebas y hechos.

## **E) La Ley Aplicable en ausencia de elección**

### **a) Prestación característica**

**217.** La residencia habitual de la parte que debe ejecutar la prestación característica es uno de los principales factores de conexión en ausencia de acuerdo entre las partes, como se desprende de los apartados 1 y 2 del art. 4 R. Roma I. Los apartados 3 y 4 establecen que la conexión de un contrato al país en cuestión es otro factor crucial que sirve para fijar la ley aplicable en ausencia de acuerdo. Aunque el R. Roma I no defina el concepto de prestación característica el Legislador Europeo, se refiere con este término a la prestación por la que se deberá pagar el importe acordado en el contrato<sup>662</sup>.

---

<sup>660</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares 2009, p. 33. A.L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, en *CDT* 2009, Vol.1, nº 2, p. 86.

<sup>661</sup> Véase al respecto: Art. 6.2 R. Roma I y S. LEIBLE, *Rome I Regulation: The Law applicable to contractual Obligations in Europe*, Munich, Beck 2009, p. 127.

<sup>662</sup> E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares 2009, p.114.

## **b) Residencia habitual**

**218.** Una vez que se ha fijado la prestación característica, el tribunal deberá determinar la Ley aplicable al caso, en función de la residencia habitual de la parte correspondiente. El art. 19 R. Roma I contiene la definición de la residencia habitual, siendo ésta en el caso de empresas el lugar de la administración central. Esta definición sigue los criterios establecidos en el art. 63 R. 1215/2012, por lo que nos referimos al análisis realizado sobre esta norma<sup>663</sup>.

El propio art. 19.2 R. Roma I elimina las dudas que pudiesen surgir en casos en los que actúan filiales o agencias sin personalidad jurídica o cualquier otro tipo de establecimiento, al fijar el lugar del establecimiento como lugar de residencia habitual<sup>664</sup>. Precisamente en el caso de demandas por ilícitos Antitrust pueden surgir problemas en torno a esta cuestión, puesto que puede que la víctima de un cártel se dirija contra una matriz sita en un país distinto del estado del mercado afectado en el que actúa la filial o agencia de la primera. Por otra parte, la decisión sancionadora previa podría ir dirigida contra otra sociedad del grupo generando así confusión.

Además de determinar contra quien dirige la demanda, el demandante tendrá que tener en cuenta que el pleito se regirá por la Ley del Estado en el que se encuentre el establecimiento que haya provocado los daños y que probablemente coincida con el del mercado afectado. En otras ocasiones no coincidirá, por ejemplo, en un acuerdo de licencia la residencia habitual del licenciatario puede estar en Estados Unidos mientras que el mercado afectado podrá pertenecer a la Unión Europea. Esto podrá dificultar la demanda aun más, y es contrario a lo dispuesto por el art. 6.3 R. Roma II que sí se rige por el mercado afectado.

---

<sup>663</sup> Véase capítulo II: competencia judicial internacional, 2. Foro general: el domicilio del demandado, p. 65 y ss.

<sup>664</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Vol II, Granada, Comares 2013, p. 197.

### **c) Vínculos manifiestamente más estrechos**

**219.** El problema provocado por el criterio de la residencia habitual se podría corregir con el art. 4.3 R. Roma I según el cual “*si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.*”

Así, es necesario analizar si el mercado afectado puede considerarse como “conjunto de circunstancias”. El art. 4.3 R. Roma I se diferencia de su predecesor, el art. 4.5 del Convenio de Roma, al incluir el término *manifiestamente* en la norma con el fin de resaltar que sólo se aplicará excepcionalmente a aquellos casos en los que es evidente y/u obvio que el contrato presenta una conexión más estrecha con la Ley de otro país. El carácter excepcional implica que la norma establecida en los apartados 1 y 2 del art. 4 R. Roma I no puede ser descartada con facilidad en favor del art. 4.3 R. Roma I. En la práctica, sólo podremos recurrir al art. 4.3 R. Roma I en aquellos casos en los que el derecho del país de residencia habitual de la parte que deba ejecutar la prestación característica no sea realmente importante como vínculo<sup>665</sup>.

**220.** La determinación del Derecho aplicable en contratos de transferencia de tecnología o licencia puede resultar difícil si el licenciatario reside fuera de la Unión Europea y otorga una licencia en un Estado miembro<sup>666</sup>. Los apartados 1 y 2 del Art. 4 R. Roma I nos llevan a fijar el derecho aplicable fuera de la Unión Europea, a pesar de que el mercado afectado se encuentre dentro de la Unión Europea. En estos casos, el art. 4.3 R. Roma I debería emplearse para corregir este desequilibrio aunque no todos los vínculos sean manifiestamente más estrechos. Así, el mercado afectado es un elemento esencial, al igual que el lugar en el que se aplica la licencia otorgada. Precisamente esto

---

<sup>665</sup> M. DANOVI, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford Hart Publishing 2011, p. 148.

<sup>666</sup> M. DANOVI, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 148.

es la base de la relación contractual, por lo que debe considerarse como un vínculo lo suficientemente importante como para que el art. 4.3 R. Roma I pueda aplicarse<sup>667</sup>.

En ciertos casos relacionados con el Derecho Antitrust puede resultar muy difícil determinar la prestación característica. Entre estos contratos destacan los acuerdos de *Joint Venture*; por ejemplo, aquellos limitados a investigación y desarrollo, producción o ventas, cárteles de crisis, acuerdos sobre estrategias de marketing o intercambio de información comercial. Si, por ejemplo, tres empresas situadas en los Estados Unidos, Italia y España acuerdan reducir su capacidad de producción para uno de sus productos como consecuencia de una crisis económica, las obligaciones de todas las partes deberán cumplirse en cada uno de los Estados en los que se encuentren sus fábricas por lo que todos los territorios afectados tienen vínculos lo suficientemente estrechos. ¿En base a qué ley se determinará la validez del acuerdo? El art. 4.4 R. Roma I nos indica que en estos casos se aplicará la ley del Estado que presente la conexión más estrecha.

Del asunto *Pasta de Madera* se desprende que, aunque el acuerdo se implemente dentro de la Unión Europea y se apliquen los arts. 101 y 102 TFUE al acuerdo, también se le aplicaría la legislación de EE.UU si hubiese implementación del mismo en este país<sup>668</sup>.

El hecho de que el Derecho Antitrust sea un pilar de la política económica de los Estados miembros y forme parte del interés público puede provocar que a los tribunales les resulte especialmente difícil decidirse por una legislación u otra en este tipo de situaciones. Y esto nos lleva a preguntarnos si un tribunal nacional puede en una disputa civil analizar el conflicto de leyes sobre las normas de competencia y su alcance territorial y en particular su aplicación extraterritorial.

## **F) Leyes de Policía y su aplicación a los casos Antitrust**

---

<sup>667</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 148.

<sup>668</sup> STJCE, 27 Septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7, 125-129/85, *Rec.* 1988, p. 5193, apdos. 16-18.



**221.** El art. 9 R. Roma I define una ley de policía como una disposición cuyo respeto en un país se considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.

En primer lugar, es necesario resaltar que no son lo mismo las normas que no pueden ser derogadas de acuerdo con los arts. 3 y 6 R. Roma I y las leyes de policía según el art. 9 R. Roma I. Las primeras sólo serán relevantes en casos en los que todos los elementos del contrato estén conectados con uno o más Estados miembros en el momento en el que se elige la ley. Las segundas, son aplicables a cualquier tipo de situación dentro de su ámbito de aplicación<sup>669</sup>. El objeto del art. 9 R. Roma I es proteger las normas imperativas o leyes de policía del foro.

#### **a) Arts. 101 y 102 TFUE como leyes de policía**

**222.** El Derecho Antitrust Europeo debe de considerarse como ley de policía, según el art. 9 R. Roma I. El informe propio *Giuliano y Lagarde* indica que este tipo de normas incluye las normas comunitarias sobre cárteles, competencia, prácticas restrictivas y abuso de posición dominante<sup>670</sup>.

El propio Tribunal de Justicia insiste de forma constante en que el artículo 101 TFEU constituye una norma fundamental, que es esencial para el cumplimiento de los objetivos confiados a la Unión Europea y, en particular, para el funcionamiento del mercado interno<sup>671</sup>. El Tribunal de Primera Instancia también ha determinado que el art. 101 TFUE contiene una prohibición fundamental de acuerdos que son de carácter anticompetitivo. Esta norma forma parte de la política pública, por lo que es vinculante

---

<sup>669</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Vol II, Granada, Comares 2013, p. 820.

<sup>670</sup> M GIULIANO, P. LAGARDE, *Report on the law applicable to contractual obligations*, 1980, DOCE C 282/1, p. 28.

<sup>671</sup> STJCE, 21 febrero 1973, *Continental Can*, Rec. 1973, p. 215, apdo. 23; STJCE 1 junio 1999, *Eco Swiss China Time*, C 126/97, Rec. 1999, p. 3055, apdo. 36; STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, Rec. 2001, p. 6297.

para las empresas con independencia de cualquier decisión adoptada por la Comisión sobre este punto<sup>672</sup>.

El TFUE establece en su art. 119 que las políticas económicas de la Unión Europea y de los Estados miembros deberían realizarse de acuerdo con los principios de una economía de mercado abierta y libre competencia. Además, el Protocolo sobre el mercado interno -tal y como establece el art. 3 del Tratado de la Unión Europea- incluye un sistema que asegure que la competencia no se distorsiona. Por ello, los arts. 101 y 102 TFUE deben de considerarse imperativos y esenciales para el funcionamiento del mercado interno y sistema legal europeo. Del propio art. 101.3 TFUE se deduce su importancia, puesto que declara nulo de pleno derecho cualquier acuerdo prohibido por ese mismo art. en su apartado primero. El Tribunal también refuerza esta interpretación, al establecer que la nulidad es retroactiva con independencia de cualquier decisión adoptada por las autoridades competentes<sup>673</sup>.

## **b) Aplicación del art. 9 Roma I a casos de Derecho de la Competencia**

**223.** El ámbito de aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE incluye también acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que no tienen domicilio dentro de la Unión Europea, cuando el acuerdo en cuestión se implemente dentro de la Unión Europea. No existen motivos por los que el ámbito de aplicación debía ser diferente en litigios privados<sup>674</sup>. De hecho, las normas europeas de competencia se caracterizan por tener ciertos efectos extraterritoriales, siguiendo el ejemplo marcado por la *Sherman Act* que se ha aplicado de forma extraterritorial en algunas ocasiones<sup>675</sup>. No obstante, esto puede generar problemas puesto que a una sola relación jurídica que se extienda a

---

<sup>672</sup> STJCE, 27 octubre 1994, *Fiatagri*, T 34/92, *Rec.* 1994 p. 905, apdo. 39.

<sup>673</sup> STJCE, 6 febrero 1973, *Brasserie de Haecht*, C 48/72, *Rec.* 1973, p. 77.

<sup>674</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, 2011 p. 153. C. WHITERS, "Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims", en *JBL* 2002, pp. 257-258.

<sup>675</sup> US S.C. *Timberline Lumber Co v Bank of America, NT & SA* 549 F2d 597 at 609 (9<sup>th</sup> Circuit 1976); *Continental Ore Co v Union Carbide & Carbon Corp*, 1962 370 US 268; *United States v Aluminium Co of America (Alcoa)* 148 F2d 416 (2<sup>nd</sup> Circuit 1945).

varios países se le podrían aplicar distintas normas de competencia, en función de los mercados que se vean afectados por una conducta.

Dado que los arts. 9.1 y 9.2 R. Roma I abarcan las normas de competencia comunitarias, los jueces nacionales deberán siempre aplicar los arts. 101 y 102 TFUE como leyes de policía del foro además de estar obligados a aplicar estas normas en virtud del Reglamento 1/2003. El juez tendrá que aplicar estas normas, si el acuerdo ha sido implementado en la Unión Europea y tiene un efecto perceptible sobre la competencia o el mercado interno dentro de la Unión Europea, incluso aunque las partes hayan optado por el Derecho de un tercer país<sup>676</sup>.

**224.** Ahora bien, ¿Qué sucede en aquellos casos en los que un contrato presente vínculos manifiestamente estrechos con un tercer país? ¿Puede el juez nacional dictar qué leyes de policía deberán aplicarse al caso en situaciones en las que las normas de competencia del tercer Estado difieran de las normas de competencia comunitarias? *Withers* ofrece la siguiente respuesta:

*It is difficult to discern any compelling policy interest in favour of the application of English and European Antitrust laws to disputes involving anti-competitive activities taking place outside Europe, sufficient to justify their treatment as mandatory rules of the forum. It is therefore, suggested that they should not be regarded as imposing on the courts a duty to apply those laws when a choice of law rule selects the antitrust laws of the foreign jurisdiction as applicable to the activity taking place in that jurisdiction*<sup>677</sup>.

---

<sup>676</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 154.

<sup>677</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 154. C. WHITERS, "Jurisdiction and applicable Law in Antitrust Tort claims", en *JBL* 2002, pp. 250-268. "Es difícil detectar un interés político obligatorio a favor de la aplicación de las normas Antitrust inglesas o europeas a litigios relativos a actividades anticompetitivas que han tenido lugar fuera de la Unión Europea que justifiquen suficientemente su consideración como normas de policía del foro. Por ello se sugiere que no se imponga a los tribunales la obligación de aplicar estas normas cuando las partes hayan escogido las normas Antitrust del foro extranjero como aplicables a la actividad que tiene lugar en dicha jurisdicción".

Esta interpretación considera que el lugar de implementación del acuerdo es el factor principal que permitirá al juez aplicar las leyes de policía de un tercer país. No obstante, si la legislación del tercer país permitiese una conducta prohibida por la normativa Antitrust comunitaria, el art. 9.3 R. Roma I indica que la normativa de competencia del tercer país no tendrá efecto en tanto en cuanto el mercado Europeo esté afectado por la conducta<sup>678</sup>.

La ley aplicable dependerá de lugar de implementación del contrato, siguiendo por tanto el análisis propuesto en la sentencia *Pasta de Madera* en vez de realizar un test de conflicto de leyes sobre si el litigio está lo suficientemente conectado con la Unión Europea como para justificar la aplicación de las normas comunitarias<sup>679</sup>.

Estos problemas se evitarían si el art. 9.3 R. Roma I garantizase que la normativa Antitrust Europea tan sólo se aplicará en aquellos casos en los que el litigio esté lo suficientemente vinculado con la Unión Europea.

## G) Conclusiones

**225.** Después del presente análisis, se puede concluir que las acciones contractuales se regirán por dos tipos de normas: las de derecho civil aplicables a cualquier contrato y las de derecho de la competencia, que primarán sobre las anteriores y se aplicarán directamente según las normas de aplicación directa. Todo análisis del derecho conflictual deberá respetar este binomio<sup>680</sup>. En este sentido debemos recordar que el Derecho de la Competencia Comunitario también contiene normas con efectos sustantivos como son:

---

<sup>678</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 155. A MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, Cambridge 2009, p. 290.

<sup>679</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 155.

<sup>680</sup> M. FALLON S. FRANCO, "Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 414.

- La nulidad automática de un acuerdo prohibido, según el art. 101.2 TFUE.
- La obligación de compensar los daños generados por la conducta anticompetitiva ya sea con base contractual o extracontractual de acuerdo a las sentencias *Courage* y *Manfredi*, las normas recogidas en las excepciones en bloque vertical<sup>681</sup> y la Directiva de Daños.

Por otra parte, el derecho civil nacional regulará la nulidad y responsabilidad en caso de infracción de las normas de derecho de la competencia nacionales.

Asimismo, los aspectos civiles derivados de los ilícitos Antitrust establecidos por el Derecho Comunitario definidos en la Directiva de Daños se aplican en cualquier caso, con independencia de las normas de conflicto del R. Roma I debido a su primacía<sup>682</sup>. Ahora bien, las anteriores normas no cubren todas las cuestiones relacionadas con este tipo de acciones con base contractual, por lo que el derecho nacional se aplicará de forma subsidiaria y según lo establecido por el R. Roma I a todos aquellos aspectos no regulados por el Derecho de la Unión. Cuando las partes no hayan escogido el derecho aplicable según el art. 3 R. Roma I, el art. 4 R. Roma I señalará un derecho cercano que debería coincidir con el mercado afectado siendo éste el más apropiado.

---

<sup>681</sup> M. FALLON S. FRANCO, “Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.414.

<sup>682</sup> STJCE, 20 Septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297, STJCE, 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.* 2006, p. 6619.

### **3. La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales**

**226.** El R. Roma II o R. 864/2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales contiene en su art. 6.3 una norma de conflicto específica para acciones basadas en infracciones del Derecho de la Competencia que establece lo siguiente:

[...]

*3.a La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado.*

*3.b Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda, cuando el demandante de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado miembro de ese tribunal.*

*4. La ley aplicable con arreglo al presente artículo no podrá excluirse mediante un acuerdo adoptado en virtud del artículo 14.*

## A) Introducción

**227.** Una buena parte de las acciones civiles que deriven de un ilícito Antitrust y en especial aquellas que deriven de un cártel, tendrán carácter delictual por lo que el Derecho aplicable a las mismas se regirá por lo establecido en el art. 6.3 del R. Roma II sobre la Ley aplicable a obligaciones extracontractuales.

A primera vista la norma no parece especialmente compleja; sin embargo, un análisis detallado de la misma descubrirá su sofisticación y envergadura. Como veremos, no se trata de la mera normalización de la doctrina de los efectos, sino que va más allá con consecuencias considerables para el Derecho Internacional Antitrust y el Derecho Internacional Privado. Así, de acuerdo con el texto literal parece que el derecho Antitrust se aplicará en cualquier caso y dirección tal y como reclamaba la doctrina desde hace décadas<sup>683</sup>. De ser esto así, ¿Cuál es el alcance real de la norma? ¿Se refiere tan sólo al derecho Antitrust privado o también a otros aspectos?

La interpretación del art. 6.3. R. Roma II habrá de respetar en todo momento el principio rector del Reglamento establecido en el art. 4.1<sup>684</sup>:

*Art. 4. “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.”*

**228.** No obstante, y como veremos a lo largo del presente capítulo, no queda claro cómo esta norma de conflicto debe encajar en la estructura del propio Reglamento,

---

<sup>683</sup> Véase entre otros: U. IMMENGA, *Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus*, Halle, Universität Halle 2004.

<sup>684</sup> Considerando 21 del R. Roma II. J.B. FUENTES MAÑAS, “La regla lex loci delicti commissi y normas localizadoras especiales en el R. Roma II”, en *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp.341-352. J. AHERN, W. BINCHY, *The Rome II regulation on the Law applicable to non contractual obligations: A new international litigation regime*, Leiden, Boston, 2009. T. DORNIS, “When in Rome, do as the Romans do?”-A defence of the Lex Domicilii Communis in the Rome II Regulation”, en *EULF* 2007, pp. 152-159.

ya que a diferencia del resto de sus normas que buscan la aplicación de la ley con la conexión más estrecha al litigio, esta norma de conflicto también tiene por objeto fomentar o facilitar la aplicación privada del Derecho de la Competencia<sup>685</sup>.

Durante proceso de redacción y en el procedimiento de decisión se llevaron a cabo cambios sustanciales en el alcance de la norma que podrían haber resultado precipitados, tal y como analizaremos a continuación<sup>686</sup>.

Entre las cuestiones que genera la norma, destacan no sólo su aplicación práctica sino también cómo encajarla con los principios generales del Derecho Internacional Privado. De hecho, la doctrina resalta que es la norma más imprecisa del R. Roma II<sup>687</sup>. Los problemas tienen su origen en los siguientes puntos:

- Esta norma de conflicto no tiene en cuenta la naturaleza híbrida del Derecho Antitrust que contiene varios tipos de normas, las relativas al mercado, que definen el comportamiento permitido y prohibido de los distintos actores y son conocidas como *Kartellverbotsnormen*, y las normas que establecen remedios civiles o *Kartelldeliktsnormen*. De acuerdo con la teoría del conflicto de leyes, se pueden emplear normas de conflicto distintas para la aplicación de normas de mercado que tienen y pueden tener un carácter público e impositivo y las normas delictuales que se encuadran en el derecho privado<sup>688</sup>.
- De otra parte, el R. Roma II pretende cubrir acciones civiles basadas en infracciones del Derecho Antitrust Europeo y del nacional. Ahora bien, las normas de mercado europeas y nacionales y su ámbito de aplicación no son idénticos.

---

<sup>685</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 92.

<sup>686</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, "Ley Aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia", en *AEDIPr*, Vol. VII, 2007, pp.447-463.

<sup>687</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, 2012, p. 92.

<sup>688</sup> J. BASEDOW, *Souveranité territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence* en Vol. 264, Leiden, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1997, p. 228.



- En tercer lugar, cabe preguntarse qué es realmente una obligación extracontractual por una infracción del Derecho Antitrust y cómo se diferencia de las obligaciones extracontractuales derivadas de un acto de competencia desleal recogidas en los arts. 6.1 y 6.2 del R. Roma II. Además, ¿cómo debe fijar el juez el mercado afectado antes de haber entrado a conocer el fondo del asunto?

Las anteriores consideraciones nos obligan a preguntar si el art. 6.3 R. Roma II no es más que una simple clarificación o más bien un “ajuste” del art. 4.1 del Reglamento para tener en cuenta las particularidades del daño que provoca una infracción tan específica como es la vulneración del Derecho Antitrust<sup>689</sup>.

#### **a) Origen de la norma**

**229.** Las raíces de esta norma son especialmente complejas y opacas, puesto que su introducción en los borradores del R. Roma II fue tardía o precipitada<sup>690</sup>. Así, la historia del proceso legislativo del Reglamento merece una especial atención debido a su larga duración e intenso debate.

La necesidad de armonización de las normas de colisión aplicables a las obligaciones extracontractuales en la Unión Europea existe desde hace ya tiempo. Los primeros planteamientos se remontan al año 1967. Ya en 1972, La Comisión Europea presentó un borrador previo de Convenio del derecho aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales<sup>691</sup>. La adhesión en el año 1973 de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca provocó un retraso que llevó a que el proceso legislativo continuase en relación a las

---

<sup>689</sup> T. BALLARINO, “El Derecho Antitrust Comunitario y el R. Roma II (Régimen conflictual y territorial, efecto directo)” en *AEDIPr* Vol. 7, 2007, pp.407-420, p. 410.

<sup>690</sup> S. LEIBLE, M. LEHMANN, “Die neue EG Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom II”)“, en *RIW* 72, 2007, pp. 721-730. H. HEISS, L. LOACKER, “Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II“, en *JBL* 2007, pp. 613-629.

<sup>691</sup> O. LANDO, B. VON HOFFMANN, K. SIEHR, *European Private International Law of Obligations*, Tübingen Mohr Siebeck, 1975. O. LANDO, “The EC Draft Convention on the Law applicable to contractual Obligations” en *RebelsZ* 1974, p. 38.

obligaciones contractuales con el objetivo de conseguir llegar a un acuerdo en un plazo asumible<sup>692</sup>.

**230.** Las negociaciones sobre las normas aplicables a las obligaciones extracontractuales se retomaron en el año 1998, después de la presentación por el *Groupe Européen de Droit International Privé-GEDIP* del borrador de un convenio europeo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Así el Tratado de Ámsterdam de 1999, y en especial la introducción de sus arts. 61.c y 65 EC, han servido para avanzar en este área al crear la base para los reglamentos en el área de cooperación judicial en asuntos civiles. Poco después, se presentó el primer borrador de Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. En el año 2002 la Comisión Europea propuso el primer borrador previo e inicia un proceso de consulta pública. Un año después la Comisión presenta la primera propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre el derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales que finalmente se aprueba el 11 de julio de 2007 y entra en vigor a partir del 11 de enero de 2009<sup>693</sup>.

**231.** Durante la mayor parte del proceso legislador descrito, ni siquiera estuvo prevista una norma relativa al Derecho Internacional Antitrust. En numerosas ocasiones se había discutido tratar las acciones derivadas de ilícitos Antitrust<sup>694</sup>. El borrador previo incluía una propuesta junto con una norma conflictual para las obligaciones

---

<sup>692</sup> 2001: Programa común de medidas de la Comisión y del Consejo para la trasposición del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en asuntos civiles y mercantiles en DOCE 01, C-12/1; 2002: Consulta sobre un primer borrador para un R. Roma II; 2004: Propuesta de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales- Com (03) 427 def de 22.7.2003; J. HEIN, "Die Kodifikation des Europäischen International Deliktsrecht" en *ZVGLRWISS* 2003, pp. 528 y ss. M. BENECKE, "Auf dem Weg zu Rom II, Der Vorschlag zu einer Verordnung zur Angleichung des IPRs der ausservertragliche Schuldverhältnisse", en *RIW* 2003, pp. 830-837. S. LEIBLE A. ENGEL, "Der Vorschlag der EG KOMmission für ein Rom II Verordnung" en *EUZW* 2004, pp. 7-17; P. HUBER, I. BACH, "Die Rom II-Verordnung, Kommissionsentwurf und aktuelle Entwicklungen" en *IPRAX* 2005, pp. 73-84. D. P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstösse im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2010, p. 312.

<sup>693</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, "Ley Aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia", en *AEDIPr*, Vol. 7, 2007, pp.447-463.

<sup>694</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193.

derivadas de la competencia desleal. Por el contrario, la propuesta inicial de la Comisión excluía intencionadamente una norma respecto al Derecho Antitrust, tal y como se desprende de los motivos de la Comisión sobre la propuesta de borrador<sup>695</sup>. La propuesta modificada tampoco contenía esta norma, puesto que la Comisión no quería interferir en el proceso de consultas relativo al Libro Verde sobre acciones de daños y perjuicios por infracciones de derecho de la competencia comunitario. No obstante, la Comisión sí se reservó la posibilidad de cambiar su postura en el marco del proceso de codecisión<sup>696</sup>.

Un conflicto entre la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad y la Dirección General de Competencia también pudo ser causa de este retraso: ambas instituciones se atribuían la potestad de redactar la propuesta. La primera era la encargada de redactar el R. Roma II y la segunda quiere mejorar la aplicación privada del Derecho de la Competencia<sup>697</sup>. Precisamente esta disputa competencial refleja la bipolaridad que caracteriza este tipo de acciones en la frontera entre el Derecho público administrativo y el Derecho Civil.

Durante la primera fase del proceso legislativo se acordó tener en cuenta el Derecho Internacional Antitrust sin que se llegase a propuestas de formulación concretas<sup>698</sup>. Las respuestas al Libro Verde sobre daños y perjuicios mostraron claramente la necesidad de incluir una norma especial para cubrir las obligaciones derivadas de ilícitos Antitrust, lo que llevó a que desde febrero de 2006 se empezase a discutir una norma de conflicto basada en el principio de los efectos<sup>699</sup>.

---

<sup>695</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, “Ley Aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, en *AEDIPr*, Vol. 7, 2007, pp.447-463.

<sup>696</sup> Motivos de la Comisión sobre un Reglamento sobre el derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) presentados por la Comisión de 21.02.2006, KOM (2006),83 def.

<sup>697</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 94.

<sup>698</sup> Nota de la presidencia británica y de la futura presidencia austriaca para el comité de Derecho civil (Roma II) de 22.12.2005 16027/056 JUSTCIV 245 CODEC 1218, p. 9

<sup>699</sup> Nota del Consejo für den AstV II de 3.2.2006, 5864/06 JUST-CIV 16 CODEC 85, p.6; Vermerk des Vorsitzes für den AstV (2. Teil)/Rat vom 10.02.2006, 6165/06 JUSTCIV 26 CODEC 122, p. 6 Nr. 11.

En el comentario conjunto del Consejo de Septiembre de 2006 se incluyó el texto actual del art. 6.3.a R. Roma II. A pesar de las duras críticas que solicitaban eliminar el art. 6 por completo, el art. 6.3.a R. Roma II fue finalmente aprobado con cambios menores<sup>700</sup>.

Al final del proceso legislativo el debate comenzó a girar en torno a la necesidad de incluir una norma especial para los ilícitos pluriestatales<sup>701</sup>. El Libro Verde de Daños y Perjuicios proponía permitir al demandante elegir el derecho aplicable en aquellos casos en los que la conducta afectase a más de un estado. La Comisión indicaba que esta opción estaría limitada a una sola ley aplicable, la designada por la doctrina de los efectos, o permitir la ley aplicable a cada daño por separado o la ley del foro<sup>702</sup>.

Hacia finales de 2006 la Comisión defendía la inclusión de una que norma que llevase a la aplicación de una sola ley a los delitos pluriestatales debido a que esto mejoraría la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Gracias a la colaboración del Parlamento Europeo esta propuesta fue finalmente aceptada por el Consejo y el Comité de Conciliación que, a mediados de 2007, adoptó finalmente el art. 6.3.b R. Roma II. Esta norma es conocida también como la “norma de concentración”, según la cual el demandante puede optar por la Ley del Foro siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos. Para el propio Parlamento Europeo, esta norma respeta el principio de aplicación de una sola ley mientras que limita el riesgo de *forum shopping*<sup>703</sup>. Así, a lo largo del presente capítulo analizaremos si el Parlamento ha acertado con esta apreciación.

**232.** El periplo legislativo descrito ha provocado la escasez de materiales y documentos sobre el origen de la redacción final del artículo y los motivos del

---

<sup>700</sup> Solicitudes de modificación 6 y 17 recomendación para la segunda lectura respecto al punto de vista conjunto del Consejo sobre la aceptación del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II, Grupo de Derecho del Parlamento Europeo Report: Diana Wallis A 6-0481/2006 de 22.12.2006, p. 8 y 17.

<sup>701</sup> Libro Verde de Daños y Perjuicios, p. 11.

<sup>702</sup> Libro Verde de daños y perjuicios, 11. S. FRANCQ, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 95.

<sup>703</sup> Informe de 28 de junio de 2007 sobre el texto conjunto aprobado por el Comité de Conciliación para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) DOC. PE.390.527.

legislador en comparación con la mayoría de normas comunitarias, por lo que no servirá de gran ayuda a la hora de interpretar la norma<sup>704</sup>. *Mankowski* critica a su vez que, si en algún momento se trató el Derecho de la Competencia Internacional, la discusión siempre giró en torno a su inclusión o no en el Reglamento, sin llegar a debatirse los detalles hasta el final por lo que la norma ha podido resultar poco madura<sup>705</sup>. Aunque el Parlamento Europeo intentase suplir este déficit con los considerandos 22 y 23 de la redacción vigente, y el proceso legislativo haya sido especialmente largo, y la norma está menos elaborada que otras normas que han sido estudiadas y debatidas desde el comienzo del proceso legislativo<sup>706</sup>. A mayor abundamiento, los considerandos 22 y 23 relativos al art. 6.3.a y b R. Roma II no explican el porqué de la inclusión sino tan sólo su interpretación y ámbito material de la norma propuesta:

*(22) Las obligaciones extracontractuales que se derivan de las restricciones a la competencia en el art. 6, apartado 3, deberán cubrir las infracciones tanto del Derecho nacional como del Derecho comunitario en materia de competencia. La legislación aplicable a esas obligaciones extracontractuales debe ser la del país en cuyo mercado esa restricción haya tenido un efecto o pueda tenerlo, con tal que el efecto sea directo y sustancial. Cuando el daño afecte a más de un país, la aplicación de la ley de cualquiera de los países afectados se limitará al daño sufrido en ese país.*

*(23) Entre los ejemplos cubiertos por el artículo 6, apartado 3 se incluyen las prohibiciones o arreglos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro o dentro*

---

<sup>704</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 95.

<sup>705</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 179.

<sup>706</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 179.

*del mercado interior, así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un mismo Estado o dentro del mercado interior*<sup>707</sup>.

Así las cosas, y como veremos, la interpretación literal y teleológica tampoco resultan especialmente aclarativas.

## **b) Interpretación**

**233.** El Reglamento como acto legislativo europeo debe ser interpretado siguiendo los principios establecidos para el derecho secundario, por lo que su autonomía e independencia primarán sobre la terminología nacional o tradiciones nacionales<sup>708</sup>. Actúa como instrumento complementario al R. Roma I, por lo que debe abarcar todas las obligaciones que no se refieran a un acuerdo voluntario entre las partes y debe ser interpretado conforme al R. Roma I y al R.1215/2012. Así, los tres instrumentos buscan establecer un marco común y completo de Derecho Internacional Privado para las obligaciones en materia civil y mercantil.

**234.** En base al principio de interpretación autónoma del Derecho Internacional Privado Europeo se podrán emplear las herramientas de interpretación tradicionales, pero siempre respetando el espíritu transnacional del Reglamento. La interpretación literal o gramatical exigirá por tanto la comparación de las distintas versiones en las distintas lenguas y en la interpretación teleológica, el “*effet utile*” jugará un papel muy importante. La interpretación histórica se centrará en lo establecido en los borradores iniciales, y en particular en las modificaciones que han tenido lugar a lo largo del proceso legislativo, así como los motivos del Reglamento. La interpretación sistemática también juega un papel clave, junto con la estructura del R. Roma II, así como su relación con el R. Roma I y el R. 1215/2012. En su caso, la comparación con otras

---

<sup>707</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, “Ley Aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, en *AEDIPr*, vol. 7, 2007, pp. 447-463, p. 451.

<sup>708</sup> J. FITCHEN, “Art 6.3 of Regulation 864/2007”, en M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 306.

normas será posible siempre que existan normas europeas independientes. En este sentido la redacción final del art. 6.3 R. Roma II -a excepción del apartado 6.3.b- se asemeja mucho a los arts. 136 y 137 de la Ley de Derecho Internacional Privado Suiza en la redacción vigente desde 1987, por lo que las referencias a dichas normas podrían servir de apoyo interpretativo<sup>709</sup>.

## **B) Ámbito de aplicación material**

### **a) Asuntos mercantiles y civiles**

**235.** El R. Roma II cubre el mismo tipo de obligaciones extracontractuales en asuntos civiles y mercantiles que el resto de instrumentos europeos de Derecho Internacional Privado descritos en el presente trabajo. Como se ha indicado -y debido a las diferencias materiales entre los distintos ordenamientos y al igual que el resto de instrumentos internacional privatistas-, la interpretación de los conceptos del R. Roma II deberá realizarse de forma autónoma<sup>710</sup>.

Las acciones de daños punitivos características del sistema anglosajón, podrán regirse por el R. Roma II siempre y cuando tengan carácter compensatorio y no punitivo ya que el considerando 32 del propio Reglamento reconoce que estas acciones no están excluidas de su ámbito de aplicación. Si la acción tuviese carácter meramente punitivo debería considerarse como una cuestión penal o administrativa quedando fuera del ámbito de aplicación del Reglamento<sup>711</sup>.

---

<sup>709</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 179.

<sup>710</sup> B. BUCHNER, “Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht“, en *GRUR INT* 2005, pp. 1004-1022.

<sup>711</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation“, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 98.

Finalmente, las acciones en las que el Estado ejerza su autoridad, de carácter fiscal, aduanero o administrativo quedan excluidas<sup>712</sup>.

## **b) Obligaciones extracontractuales**

**236.** El término “obligaciones extracontractuales” debe entenderse en su sentido amplio alcanzando la responsabilidad delictual, enriquecimiento injusto, *culpa in contrahendo* y *negotiorum gestio*<sup>713</sup>. Aunque podamos acudir a la extensa jurisprudencia de TJCE sobre las definiciones recogidas en el R. 1215/2012 y su predecesor el Convenio de Bruselas, el TJCE ha recordado que un simple traspaso de la jurisprudencia de un Reglamento a otro instrumento comunitario no siempre es adecuado, ya que la interpretación de cada instrumento deberá tener en cuenta los objetivos y estructura de su Reglamento<sup>714</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal de Justicia ha definido obligación extracontractual en relación al R. 1215/2012 como aquella obligación que no es contractual<sup>715</sup>. Aunque esta definición se refiera al R. 1215/2012, en este caso sí es perfectamente aplicable al R. Roma II tal y como coincide la mayoría de la doctrina.

**237.** Las reclamaciones provocadas por una negativa de suministro de una empresa dominante serán más difíciles de encuadrar ya que en estos supuestos, las partes puede que hayan tenido una relación contractual previa finalizada de forma unilateral. Aunque haya normas que obliguen a una parte a asumir un nuevo contrato y esto no se asuma voluntariamente, este tipo de reclamaciones se consideran relacionadas con un contrato por lo que se encuentran reguladas por el R. Roma I<sup>716</sup>.

---

<sup>712</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado, el R. Roma II*, Granada, Comares 2008, p. 16.

<sup>713</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado, el R. Roma II*, Granada, Comares 2008, p. 76.

<sup>714</sup> STJCE, 27 noviembre 2007, *Korkein*, C 435/06, *Rec.* 2007, p. 1041 apdo. 40-53.

<sup>715</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “La Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 669. STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/87, *Rec.* 1988, p. 5564 apdo. 17.

<sup>716</sup> D.P TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstösse im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 564.



Por otra parte las reclamaciones de los compradores indirectos de un producto cartelizado se consideran extracontractuales, teniendo en cuenta que las subidas de precio estarán basadas en la coordinación ilícita y no en la propia relación contractual con los proveedores<sup>717</sup>.

### **C) Naturaleza de las normas designadas por el art. 6.3 R. Roma II**

**238.** Sin perjuicio de lo anterior, el alcance práctico del ámbito de aplicación del art. 6.3 R. Roma II no es de fácil determinación, ya que cabe preguntarse si esta norma también determinaría las normas de Derecho de la Competencia aplicables a la infracción sobre la que se basa la acción de daños<sup>718</sup>. Aunque el Reglamento aclare que se refiere tan sólo a asuntos civiles y mercantiles excluyendo el derecho administrativo de su ámbito de aplicación del Reglamento, es necesario determinar la definición del Derecho de la Competencia según el art. 6.3 R. Roma II.

**239.** El Derecho de la Competencia abarca un amplio espectro de normas y cuestiones de carácter público, penal, civil y mercantil que buscan proteger el mercado y la libre competencia. Así, en algunas jurisdicciones se distingue entre los distintos tipos de normas. El Derecho Alemán por ejemplo divide el *Kartellrecht*, Derecho Antitrust, en *Kartellverwaltungsrecht*, Derecho Antitrust administrativo, *Kartellstrafrecht*, Derecho Antitrust Penal y *Kartelldeliktsrecht*, Derecho Antitrust delictual o civil<sup>719</sup>. En el caso español, el Código Penal también prohíbe algunos supuestos de alteración y manipulación de precios aunque estos preceptos sean de

---

<sup>717</sup> Véase por ejemplo STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro*, R 651/2013 y STS, 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, 344/2012. J. SUDEROW, “Private Enforcement in Spanien: Die Schokoladenhersteller gegen den Zuckerkartell“ en *WuW* 2014, pp. 142-152.

<sup>718</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford Hart Publishing 2012, p. 109.

<sup>719</sup> A. RÖHLING, „Internationale Aspekte“ en, G. HIRSCH, F. MONTAG, J. F. SÄCKER, J. FRANZ, *Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) Vol. I Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munich, Beck 2007.

escasa aplicación en la práctica<sup>720</sup>. El Derecho Antitrust Civil o delictual se rige por lo establecido en el art. 1902 y siguientes del Código Civil, a falta de una norma específica<sup>721</sup>.

**240.** Por lo general, las infracciones a las que se refiere el art. 6.3 R. Roma II pertenecen más al ámbito del Derecho público, y en concreto a las prohibiciones de los arts. 101 y 102 TFUE y sus homónimos nacionales, así como a las normas derivadas de estos preceptos. Sin perjuicio de esto, el objetivo primario del art. 6.3 R. Roma II es regular el derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual, y no el derecho aplicable a la infracción del Derecho de la Competencia<sup>722</sup>. Esto se deriva del ámbito de aplicación del Reglamento que se refiere a Derecho civil y mercantil excluyendo el Derecho Administrativo. Asimismo, el Derecho de la Competencia tiene sus propias normas para determinar el ámbito de aplicación de una norma u otra basados en los criterios del mercado. Como hemos visto, su ámbito de aplicación se determina de forma unilateral e incluso extraterritorial, además de considerarse leyes de policía de aplicación obligatoria.

En las acciones *follow on*, el juez podrá basarse en las conclusiones de la autoridad de competencia respecto a la infracción, mercado afectado y demás aspectos relevantes del Derecho de la Competencia. El problema surgirá en las acciones *Stand Alone* en las que el juez tendrá que entrar a decidir si la infracción alegada por el demandante ha tenido lugar y para ello acudirá al Derecho Antitrust público dentro de las potestades que le otorga el R. 1/2003.

---

<sup>720</sup> Véase sección 3 del Código Penal vigente y sobre redacciones anteriores: S. BRAGE, “Legislación Penal Espacial en materia de delitos de alteración de precios”, consultado por última vez el 22.12.2013 en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2148/1/AD-5-7.pdf>

<sup>721</sup> I. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del derecho de la competencia: Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid, La Ley 2011.

<sup>722</sup> Sobre el carácter público del Derecho Antitrust en Europa, véase A. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, “Normas sobre la competencia del Tratado CEE”, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, (Coord.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, estudio sistemático desde el Derecho Español” Madrid, Civitas 1986, pp. 327-369.

**241.** De esta forma, el art. 6.3 R. Roma II es una norma que resulta paradójica en su aplicación y que puede crear problemas, al regular el conflicto multilateral en un ámbito en el que parte de las normas fijan su aplicación de forma unilateral. Si consideramos que el art. 6.3 R. Roma II abarca también las normas de competencia o mercado, un juez europeo podría aplicar la *Ley Sherman* en Europa si el art. 6.3 R. Roma II así lo determina sin tener en cuenta si la propia *Ley Sherman* sería aplicable según su propio ámbito de aplicación. Es cierto que el precepto se basa en la doctrina de los efectos, coincidiendo así con la forma de fijar el ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia. No obstante, el criterio del mercado afectado no se corresponde exactamente con el empleado por el TJCE para fijar el ámbito de aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE<sup>723</sup>. El TJCE se basa en el test de implementación establecido en el caso *Pasta de Madera* que es muy similar a la doctrina de los efectos, aunque con algunas diferencias<sup>724</sup>.

Debido a esto, es posible que el art. 6.3 R. Roma II opte por normas de competencia distintas o normas de competencia de un mercado que no esté directamente afectado; por ejemplo, en el caso de los cárteles de exportación<sup>725</sup>. De hecho, una lectura literal del art. 6.3 R. Roma II también permitiría al demandante optar por la *lex fori* para todos los daños, incluyendo los daños sufridos en terceros países. Así, la *lex fori* debería reconocer los efectos anticompetitivos de una conducta que ha tenido lugar más allá de su foro. Precisamente esta consecuencia es contraria al propio ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia del foro que estará limitado a las conductas que afecten a su mercado<sup>726</sup>.

---

<sup>723</sup> S. FRANCQ, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 109.

<sup>724</sup> STJCE, 27 Septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104, 114, 116-7, 125-129/85, *Rec.* 1988, p. 5193, apdos. 16-18.

<sup>725</sup> S. FRANCQ, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 110.

<sup>726</sup> S. FRANCQ, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 110.

En resumen, las normas de competencia suelen tener carácter público por lo que no entrarían dentro del ámbito de aplicación del R. Roma II y tienen sus propios criterios de aplicación<sup>727</sup>.

La doctrina ha desarrollado posibles soluciones a este problema que se discuten a continuación.

#### **a) Arts. 101 y 102 TFUE**

**242.** Los arts. 101 y 102 TFUE de carácter primario prevalecen sobre normas secundarias, por lo que no dependen del R. Roma II y no pueden ser ignorados. Cuando la conducta ilícita afecte al mercado intracomunitario o al mercado de más de tres Estados miembros habrá que aplicar los arts. 101 y 102 TFUE. La definición de mercado afectado del art. 6.3 R. Roma II no coincide en su totalidad con la definición del mercado relevante fijada por la Comisión Europea<sup>728</sup>. Por tanto, también habrá casos en los que el art. 6.3 R. Roma II determine la aplicación del Derecho de un Estado miembro y que los arts. 101 y 102 TFUE no resulten aplicables, por falta de efecto en el comercio intracomunitario. De lo anterior se desprende que, en cualquier caso resulta necesario aplicar primero el Tratado para luego emplear el art. 6.3 R. Roma II y fijar la ley aplicable a la acción que solicite daños y perjuicios<sup>729</sup>. Aunque la sentencia *Courage* establezca el derecho a percibir una compensación en caso de infracción de los arts. 101 y 102 TFUE, de esta sentencia no se puede derivar un derecho comunitario de daños que cubra todos los aspectos de este tipo de casos ya que el TJCE redirige nuevamente al Derecho Nacional<sup>730</sup>.

---

<sup>727</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 110.

<sup>728</sup> Comunicación de la Comisión Europea sobre la definición del mercado relevante a los efectos del Derecho de la Competencia Europeo.

<sup>729</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 111.

<sup>730</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 111.

## **b) Catálogo del considerando 23.1**

**243.** El ámbito de aplicación material de nuestra norma también se define en el considerando 23 del Reglamento. Éste abarca todo tipo de conductas prohibidas por el Derecho de la Competencia material. El catálogo se corresponde con los arts. 101 y 102 TFUE: todo tipo de acuerdos horizontales entre empresas prohibidos, conductas similares complementados por la prohibición del abuso de posición dominante y similares. Así, el ámbito de aplicación abarca cualquier conducta contraria al Derecho de la Competencia y que haya causado o pueda causar algún tipo de daño a cualquier otro actor en el mercado. *Mankowski* reconoce la utilidad de este catálogo puesto que a la hora de interpretarlo bastará con acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre este tipo de conductas<sup>731</sup>. Ahora bien, el considerando 23 tan sólo recoge ejemplos por lo que se podrían incluir otro tipo de conductas distintas de las mencionadas, cuyo el bien jurídico protegido sea el funcionamiento de la economía de mercado<sup>732</sup>.

## **c) Conexión al Derecho nacional y/o comunitario**

**244.** El considerando 22 se remite a primera vista con claridad al Derecho de la Competencia comunitario y al Derecho nacional. Ahora bien, no queda claro cómo debe de funcionar la conexión al Derecho comunitario. Los arts. 101 y 102 TFUE son derecho primario y tendrán que ser aplicados al fondo; esto es, los hechos incluidos dentro del art. 6.3 R. Roma II. *Mankowski* recuerda acertadamente que los arts. 101 y

---

<sup>731</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 179.

<sup>732</sup> Punto de vista conjunto nr. 22/2006 del consejo de 25.9.2006 sobre la aceptación de del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II, DOCE EU 2006 289 E80.

102 son jerárquicamente superiores, por lo que en principio no pueden depender del derecho secundario<sup>733</sup>.

**245.** Podría ser que la conexión de los arts. 101 y 102 TFUE según la doctrina de los efectos haya modificado el rango de las normas, al crear una norma que codifica la doctrina de los efectos. Según *Mankowski* la conexión de los arts. 101 y 102 TFUE a través del art. 6.3 R. Roma II y sus consecuencias puede resultar de difícil interpretación<sup>734</sup>. El artículo 6.3 R. Roma II remite a la ley de un Estado, pero la Unión Europea no es un Estado. Por tanto, para poder remitirse al Derecho de la Competencia Comunitario respecto a los hechos causantes del daño no se deberá interpretar la norma de forma literal.

**246.** Como alternativa se puede considerar que las normas de derecho comunitario forman parte del derecho de cada Estado miembro, aunque esta opción sólo funcionará cuando la remisión sea a un Estado miembro de la Unión Europea. Ahora bien, como hemos visto el Derecho Comunitario sólo regula la prohibición de las conductas y no sus consecuencias civiles, esto es, las posibles acciones por daños y perjuicios. Éstas se encuentran reguladas en el derecho civil de cada estado. Por ello, tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia, habrá que complementar la norma comunitaria con la nacional. La efectividad de las sanciones puede llevar a que un plazo de prescripción demasiado corto no sea contemplado, o que incluso se acepten daños punitivos establecidos por el derecho de otros Estados miembros para garantizar la efectividad del derecho primario comunitario y no evitarlos en base al orden público del foro<sup>735</sup>.

---

<sup>733</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp 177-193, p. 179.

<sup>734</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp 177-193, p. 179.

<sup>735</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 180.

**247.** La inclusión del Derecho Comunitario muestra el siguiente problema: La inclusión intencionada y su mención en el considerando 22 parecen referirse a una interpretación y una conexión desde la norma, aunque una norma de colisión multilateral sólo encaja con un punto de conexión desde los hechos. Esto se soluciona complementando la normativa comunitaria con la nacional. La conexión multilateral también cubre hechos regulados por el derecho de la competencia comunitario, como parte del derecho nacional<sup>736</sup>.

#### **d) Exclusión del Derecho de la Competencia público**

**248.** De lo anterior se desprende que la aplicación del Derecho de la Competencia por parte de las autoridades de competencia nacionales y la Comisión Europea queda excluida del Reglamento, en tanto en cuanto no se consideren asuntos civiles o mercantiles<sup>737</sup>.

La limitación a las cuestiones meramente mercantiles y civiles se corresponde también con la política de aplicación descentralizada del Derecho de la Competencia Comunitario establecida en el Reglamento 1/2003. Es más, la norma que ha servido de ejemplo -el art. 137 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado- también excluye el derecho administrativo. Finalmente, el propio art. 6.3 R. Roma II se refiere a relaciones extracontractuales que es un término complementario a las relaciones contractuales perteneciendo claramente al ámbito civil y a las relaciones entre particulares. La propia norma también se refiere a perjudicados y a la competencia judicial y no administrativa<sup>738</sup>.

---

<sup>736</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 180.

<sup>737</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 180. F. GARCIMARTIN ALFEREZ, “The Rome II regulation: On the way towards a European Private International Law Code“, en *EULF* 2007, pp. 1-77-91.

<sup>738</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 181.

## **e) Consecuencias para el Derecho Nacional**

**249.** En algunos ordenamientos las normas que regulan el Derecho de la Competencia contienen una norma de conflicto que determina su ámbito de aplicación en casos internacionales e incluso su alcance más allá de sus fronteras. No obstante, el art. 6.3 R. Roma II regula las cuestiones civiles, por lo que las normas de derecho internacional privado que se refieran tanto al derecho de la competencia privado como al público -por ejemplo, el art. 130.2 GWB o art. 24 KartG, Kartellgesetz de la ley de cárteles austriaca- seguirán funcionando respecto al derecho de la competencia público<sup>739</sup>.

Las acciones civiles que prevea el derecho de la competencia administrativo de un Estado distinto del Estado del foro no están reguladas por el art. 16 R. Roma II, puesto que éste tan sólo se refiere a las leyes de policía del foro<sup>740</sup>.

## **f) Prohibición como condición previa**

**250.** El considerando 23 indica que los ejemplos descritos serán puntos de conexión si son prohibidos por los arts. 101 y 102 TFUE o por el derecho de un Estado miembro. Esta frase puede crear confusión, ya que se podría pensar que es necesario establecer primero si el derecho prohíbe la conducta para poder determinar la ley aplicable. Esto no es así, puesto que la prohibición forma parte del derecho material<sup>741</sup>.

## **D) Ámbito de aplicación temporal**

---

<sup>739</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p.181

<sup>740</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p.182.

<sup>741</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 182.



**251.** De acuerdo con lo establecido en el art. 31 R. Roma II, éste se aplicará a aquellas demandas que se planteen por hechos generadores de daños que se hayan producido después de la entrada en vigor del Reglamento<sup>742</sup>.

El art. 32 no emplea la frase “entrada en vigor” sino que indica que el Reglamento se aplicará desde el 11 de enero de 2009 a excepción del art. 29 que se aplicará desde el 11 de julio de 2008<sup>743</sup>.

El legislador tampoco ha definido con claridad a qué se refiere con el hecho generador del daño en el art. 31 del R. Roma II. El art. 4.1 del R. Roma II se remite al daño directo, y el art. 4.2 se refiere a su vez al momento en el que el daño tiene lugar. El Tribunal Supremo alemán, BGH, ha aclarado que la norma se refiere a hechos generadores de daños posteriores al 11 de enero de 2009<sup>744</sup>. El TJCE ha tenido oportunidad de aclarar la situación en la sentencia *Homawoo* relativa a un accidente de tráfico<sup>745</sup>. Si el hecho generador del daño es posterior al 11 de enero de 2009 entonces el juez deberá aplicar el R. Roma II. Si trasladamos estos criterios a una acción por daños y perjuicios por ilícitos Antitrust ésta se regirá por el Reglamento Roma II en relación a aquellas infracciones y su aplicación que hayan tenido lugar después del 11 de enero de 2009. Las acciones que se basen en infracciones continuadas que comenzasen antes de esta fecha podrían verse separadas en dos mecanismos distintos: el aplicable hasta el 11 de enero de 2009 y el aplicable con posterioridad. Este resultado es desafortunado, ya que generará una gran inseguridad jurídica<sup>746</sup>. Si se sigue esta interpretación en este tipo de casos la regulación anterior al R. Roma II seguirá aplicándose durante mucho tiempo debido a la larga vida de muchos cárteles y de conductas abusivas y también como consecuencia de la larga duración de los procedimientos sancionadores. No obstante, optar por el final del cártel, por ejemplo, una vez ha comenzado un procedimiento

---

<sup>742</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “La ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 669.

<sup>743</sup> J. FITCHEN, “Art 6.3 of Regulation 864/2007”, en M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 301.

<sup>744</sup> BGH, 9 Julio 2009, Xa ZR 19/08.

<sup>745</sup> STJUE, 17 Noviembre 2011, *Deo Antonie*, C 412/10, Rec. 2011, p. 11603.

<sup>746</sup> J. FITCHEN, “Art 6.3 of Regulation 864/2007”, en M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 301.

sancionador podría suponer una infracción del principio de neutralidad entre actor y demandado<sup>747</sup>.

De esta forma, cualquier reclamación basada en cárteles que se produjeron en fechas anteriores se regiría por el sistema anterior al R. Roma II. Sin perjuicio de esto, y a falta de una aclaración mediante una modificación de la norma o la creación de un régimen especial para hechos generadores de daños de larga duración, optar por el momento en el que finaliza la infracción no supone un perjuicio grave para el demandado ya que gana en seguridad jurídica<sup>748</sup>. El actor tampoco conoce el alcance real de los daños y el importe a reclamar hasta que el hecho generador finaliza. Este criterio interpretativo coincidiría también con las normas aplicables a la prescripción de los ilícitos Antitrust y puede, por tanto, ser previsible para el demandado aun tratándose de criterios ajenos al Derecho Internacional Privado.

#### **E) Ámbito de aplicación subjetivo**

**252.** El ámbito de aplicación subjetivo no contiene limitaciones. Así, la norma de conflicto no debe aclarar quién puede plantear la acción o no. La distinción entre perjudicados directos o indirectos o la determinación de posibles infractores del Derecho de la Competencia es un problema del ámbito material y no de la norma de conflicto<sup>749</sup>. Por tanto, esta norma servirá para determinar la ley aplicable a cualquier tipo de acción, inclusive las acciones planteadas por consumidores, asociaciones o empresas vehículo siempre y cuando tenga carácter civil.

#### **F) Ámbito de aplicación geográfico, el carácter universal de la norma**

---

<sup>747</sup> J. FITCHEN, “Art 6.3 of Regulation 864/2007”, en M. DANOVI, F. BECKER, P. BEAUMONT, “Cross Border EU Competition Law Actions”, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 304.

<sup>748</sup> J. FITCHEN considera que el Legislador debe aclarar la situación modificando el reglamento o creando un instrumento especial para las acciones de daños basadas en ilícitos Antitrust véase: J. FITCHEN, “Art 6.3 of Regulation 864/2007”, en M. DANOVI, F. BECKER, P. BEAUMONT, *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 304.

<sup>749</sup> M. ILLMER, art 6 Rome II, en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Beck, 2011, apdo. 75.

**253.** El ámbito de aplicación del R. Roma II es universal, puesto que cubre situaciones con independencia de su conexión a la Unión Europea además de determinar la ley aplicable con independencia de que ésta sea la de un Estado miembro o no<sup>750</sup>. En un análisis detallado del art. 6.3 R. Roma II surge la duda si esta norma puede tener el mismo alcance universal que otras normas del Reglamento. Cabe preguntarse si tan sólo se aplicará a obligaciones extracontractuales derivadas de una restricción de la competencia dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior, tal y como la define el considerando 23 del Reglamento, prohibida por los arts. 101 y 102 TFUE o por la normativa de competencia de un Estado miembro. De esta forma, el texto del considerando parece limitar el ámbito del art. 6.3 R. Roma II a distorsiones de la competencia que hayan afectado a un mercado dentro de la Unión Europea<sup>751</sup>.

De otra parte, el art. 6.3.b R. Roma II establece que el demandante podrá optar por someter la acción a un solo sistema legal en el foro de la demandada, siempre y cuando se trate del foro del domicilio del demandado y éste se encuentre en la Unión Europea y el mercado de este Estado miembro esté afectado directamente por la restricción. Por lo anterior, el art. 6.3.b R. Roma II tan sólo se podrá aplicar a demandas planteadas ante los tribunales de un Estado miembro debido al principio del mercado afectado. Si analizamos el considerando 23 surgen dudas sobre la verdadera intención de la letra a. El considerando se refiere en tres ocasiones a Estados miembros, y en particular cuando habla del derecho nacional se refiere al derecho nacional de los *Estados miembros* y no el derecho de cualquier tercer Estado. Es más, el considerando siempre se refiere al mercado interno al citar los arts. 101 y 102 TFUE. Resulta necesario aclarar si prevalece la norma o el considerando. Los considerandos sirven para explicar y motivar el origen y estructura de una norma y no tienen un carácter normativo expreso que pueda aplicarse directamente si no que deben usarse para entender los motivos e intención de

---

<sup>750</sup> C. HANDIG, “Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht- Auswirkungen der Rom II-Verordnung“, en *GRUR Int* 2008, pp. 24-31. M. ILLMER, art 6 Rome II, en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Beck 2011, apdo. 76.

<sup>751</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 100.

la norma a la que preceden. Por ello, el considerando no tiene carácter vinculante por lo que la norma se impone<sup>752</sup>.

En este sentido, parte de la doctrina cuestiona si el considerando 23 R. Roma II no tiene una intención más profunda y verdadera que lleve a una reducción teleológica del texto normativo excesivamente amplio. Las consecuencias de una aplicación literal podrían implicar que un juez europeo pueda tener que aplicar el derecho Antitrust estadounidense a hechos cuyas consecuencias afecten al mercado norteamericano. Las reglas de competencia judicial permiten fácilmente que el pleito tenga lugar en un Estado miembro si, por ejemplo, una de las empresas que vaya a ser demandada tiene su domicilio en Europa. El juzgado competente está incluso legitimado a conocer de los daños producidos a nivel mundial<sup>753</sup>.

El art. 23.2 propuesta modificada del Borrador de Reglamento aporta un indicio interesante a la discusión. Esta frase debería contener una cláusula especial de orden público destinada a prohibir daños y perjuicios punitivos o triples como defensa frente al temido derecho delictual norteamericano y en especial al § 4 del Clayton Act<sup>754</sup>. Ahora bien, finalmente esta alternativa no se incluyó en esta redacción en el Reglamento sino que se optó por la cláusula general de orden público en la forma conocida. No obstante, la segunda frase del considerando 32 nos lleva a pensar que este principio debe continuar vigente<sup>755</sup>.

Por otra parte, la interpretación literal prevalece sobre factores externos que puedan generar dudas sobre el significado de la norma<sup>756</sup>. Así, aunque el art. 6.3.b R. Roma II

---

<sup>752</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 187. STJCE, 14 febrero 1990, *Société Francaise de Biscuit Delacre*, C 350/88, *Rec.* 1990, p. 395, apdo. 15; STJCE, 2 abril 1998, *Styral y Brinks France*, C 367/95P, *Rec.* 1998, p. 1719, apdo. 63. STJCE, 12 diciembre 2002, *Bélgica/Comisión*, C 5/01, *Rec.* 2002, p. 11991, apdo. 68.

<sup>753</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 188.

<sup>754</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 188. 38 Stat. 730, as amended 15 U.S.C § 15 (2000).

<sup>755</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 188.

<sup>756</sup> W.H. ROTH, “Internationales Kartellrechts in der Rom II- Verordnung“ en D. BAETGE, J. VON HEIN Y M. VON HINDEN (Coords.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck 2008, pp. 623-637. M. WILDERSPIN, “Les questions relatives à la loi applicable“, en *Concurrences*- 2009, pp. 66-68. J. FITCHEN, “Choice of Law in international claims based on restriction of competition: Article 6 (3) of the Rome II regulation“, en *JPRIL* 2009, pp. 337-353. P.

se refiera a Estados miembros no se puede concluir que la letra a tan sólo se refiere a Estados miembros, puesto que la letra b contiene un supuesto independiente<sup>757</sup>.

Finalmente, el art. 4 R. Roma II establece la norma general por la que el lugar del daño es el punto de conexión general en los supuestos de responsabilidad extracontractual. Así, según el considerando 21, el art. 6.3. R. Roma II es en primera instancia una aclaración del art. 4 R. Roma II puesto que el mercado afectado coincide con el lugar del daño. En ocasiones, mercado afectado y lugar del daño no coincidirán por lo que entonces el art. 6.3 R. Roma II se convierte en *lex specialis*<sup>758</sup>.

**254.** Algunos autores consideran que el art. 6.3.a R. Roma II debe de ser considerado la norma general para las demandas por actos que restrinjan la libre competencia, mientras que el art. 6.3.b R. Roma II es la *lex specialis* aplicable cuando el mercado de varios Estados se vea afectado. Esta interpretación se basa en el origen de la norma y en la inclusión tardía del art. 6.3.b R. Roma II<sup>759</sup>. Ahora bien, si esto fuese así la letra b se aplicaría en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos exigidos. Sin embargo el art. 6.3.b R. Roma II es opcional por lo que debe considerarse una excepción al art. 6.3.a R. Roma II<sup>760</sup>. Por ello, la vía de *la lex specialis* debe de ser descartada.

De esta forma mientras que el art. 6.3.a R. Roma II podría tener un alcance universal como *loi uniforme*, la letra b queda limitada al ámbito europeo<sup>761</sup>. No obstante, es

---

MANKOWSKI, “Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO: Internationales Umwelthaftungsrecht, Internationales Kartellrecht, Renvoi, Parteiautonomie” en *IPRAX* 2010, pp. 389- 396.

<sup>757</sup> M. ILLMER, “art. 6 Rome II”, en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Beck 2011, apdo. 77.

<sup>758</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “La ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 668.

<sup>759</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, “Conflict of Laws comes to rescue of competition law: the new Rome II Regulation”, en *JPRIL* 2009, 5, pp. 317-318.

<sup>760</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 163.

<sup>761</sup> M. ILLMER, “art. 6 Rome II” en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 76. E. RODRIGUEZ PINEAU, “Conflict of Laws comes to rescue of competition law: the new Rome II Regulation”, 2009, en *JPRIL* 5, pp. 311- 320.

necesario resaltar que una interpretación gramatical tampoco resuelve todas las dudas respecto al carácter universal de la norma<sup>762</sup>.

### **G) La relación entre el art. 6.1 y 3 del R. Roma II**

**255.** El art. 6.3 R. Roma II se basa en el mercado afectado mientras que los factores de conexión del art. 6.1 R. Roma II para acciones derivadas de un acto de competencia desleal se basan en los intereses colectivos de los consumidores o en la norma general del art. 4 R. Roma II. Así, las acciones que se basen en ambos tipos de normas -por ejemplo, en casos de abuso de posición de dominio y discriminación o negativas de suministro- podrían llegar a regirse por derechos distintos. A raíz de este problema cabe plantear si los conceptos “competencia desleal” y “restricción de la competencia” deben interpretarse de forma autónoma, sin recurrir al derecho nacional, a la *lex fori* o a la *lex causae*. Este problema no surgirá en acciones basadas en los arts. 101 y 102 TFUE o normas de competencia desleal armonizadas, por lo que sólo podría darse en aquellas acciones basadas en el Derecho Antitrust nacional o de competencia desleal. Aunque se basen en Derecho nacional, el TJCE ha sido explícito al establecer que la interpretación de las normas en cooperación judicial en asuntos transnacionales civiles debe de ser autónoma con el objeto de evitar poner en peligro el mercado interior<sup>763</sup>. El propio Reglamento establece una excepción a este principio en relación al derecho de familia. Teniendo en cuenta que ni el art. 6 R. Roma II ni los considerandos contienen una excepción similar, habrá que entender que los conceptos se deberán de definir de forma autónoma sin tener en cuenta la interpretación nacional<sup>764</sup>.

---

<sup>762</sup> S. FRANCO Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford Hart Publishing 2012, p. 102.

<sup>763</sup> STJCE, 8 noviembre 2005, *Götz Leffler*, C 443/03, *Rec.* 2005, p. 9611, apdo. 45.

<sup>764</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 104.

Asimismo el legislador, en contra de parte de la doctrina y a pesar del solapamiento entre ambas normas, ha decidido crear dos normas de conflicto diferenciadas entre sí aunque ambas se basen en el mercado<sup>765</sup>.

**256.** La estructura del art. 6 R. Roma II y su historia confirman la exclusividad entre una norma y otra a pesar de tener en común el factor del mercado. Esta distinción también se refleja en la norma de concentración del art. 6.3.b R. Roma II que sólo se aplica a las acciones basadas en restricciones a la competencia<sup>766</sup>

Los criterios de definición de competencia desleal y restricciones del derecho de la competencia también se deben de definir de forma autónoma. Las normas de competencia desleal garantizan ciertos códigos de conducta en el mercado prohibiendo prácticas consideradas desleales. Tal y como recoge el considerando 21, estas normas tienen por objeto proteger competidores, consumidores y el público en general y deben de garantizar que el mercado funcione correctamente<sup>767</sup>. En base a esto, acciones basadas en infracciones de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales tales como publicidad engañosa entrarían dentro del ámbito de la competencia desleal. No obstante, el alcance de esta definición es más amplio que el de la Directiva 2005/29 ya que no sólo se refiere a relaciones entre empresas y consumidores cubriendo lógicamente las relaciones entre empresas tal y como se desprende del Memorando de la Comisión Europea que acompaña a su propuesta del R. Roma II<sup>768</sup>.

---

<sup>765</sup> J. BASEDOW, “Jurisdiction and Choice of Law in Private Enforcement of EC Competition Law” en J. BASEDOW, (Coord.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 229-243, p. 240. S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 104.

<sup>766</sup> W. WURMNEST, “Art 6 Rom II Verordnung” in M. HERBERGER, (Coord.), *juris Praxiskommentar BGB: Internationales Privatrecht*, Vol. 6, 5ª Ed., Munich, Beck 2010, apdo. 20. S. FRANCO Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 105.

<sup>767</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 105.

<sup>768</sup> Comisión Europea, Propuesta de R. Roma II, p. 15.

**257.** Asimismo, el considerando 21 indica que las normas de competencia desleal tienen por objeto abrir mercados obligando a todos los participantes a actuar en el mercado en base a las mismas normas<sup>769</sup>. Por otra parte, el considerando 23 determina que las acciones que podrán acogerse al art. 6.3 R. Roma II son aquellas derivadas de las infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE así como del derecho de la competencia de cualquier Estado miembro. Si bien la interpretación debe de ser autónoma las normas de derecho nacional de la competencia serán aquellas que tengan por objeto proteger la competencia manteniendo los mercados abiertos a todos los participantes. Por lo tanto, la clasificación se deberá realizar en base al objeto de la acción. Si una acción se basase en una norma que abarque ambos aspectos, el juez habrá de determinar si el objetivo principal es asegurar conductas correctas o mantener la libre competencia en el mercado en cuestión para así optar entre las dos normas del conflicto del art. 6 R. Roma II. En ciertos casos la determinación será muy sencilla, aunque en los supuestos basados en normativa nacional que pivota sobre la dependencia económica que puede a su vez suponer una infracción de las normas de competencia desleal será difícil clasificar la acción correctamente. No obstante, una norma basada en la dependencia económica deriva del art. 102 TFUE y del concepto de posición dominante, por lo que estas acciones deberían regirse por lo dispuesto en el art. 6.3 R. Roma II<sup>770</sup>.

Con el objeto de evitar confusiones se ha propuesto separar ambas normas en dos artículos diferentes. Esta idea es sencilla, constructiva y facilitaría la labor interpretativa en la práctica.

## **H) Inclusión de infracciones futuras**

---

<sup>769</sup> Comisión Europea, Propuesta de R. Roma II, p. 15. S. FRANCO Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 106.

<sup>770</sup> S. FRANCO Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 107.



**258.** El art. 6.3.a R. Roma II incluye posibles infracciones; esto es, infracciones futuras que puedan resultar posibles desde una perspectiva razonable. Aunque el art. 6.3.b R. Roma II no contenga una mención expresa, no se puede concluir que en este caso no será aplicable puesto que el propio art. 2.2 recoge futuras infracciones como regla general.

#### **a) Grado de probabilidad**

**259.** Un análisis más profundo descubrirá que esta previsión es compleja. El grado exacto de probabilidad exigido por la norma no está claro, y hasta que el Tribunal fije los criterios aplicables de una forma más expresa habrá que basarse en la interpretación aplicable al art. 7.2 R. 1215/2012<sup>771</sup>. Esto supone un “peligro evidente” que vaya más allá de una mera posibilidad de infracción<sup>772</sup>. Esta norma es la primera que trata de forma expresa delitos futuros, por lo que se justifica referirse a ella para interpretar y completar el art. 6.3 R. Roma II. Los criterios aplicables para fijar la competencia judicial y para determinar el derecho aplicable no pueden diferenciarse en relación a la misma cuestión<sup>773</sup>. El propio considerando 7 del R. Roma II codifica este principio. Así, habrá que comparar la situación con el contexto que existiría si la conducta prohibida no fuese ejecutada o practicada<sup>774</sup>.

---

<sup>771</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp 177-193, p. 183.

<sup>772</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp 177-193, p. 183.

<sup>773</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p.183.

<sup>774</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p.183. Directrice para la aplicación del art. 81.3 CE, DOCE 2004 C 101/8 apartado 17. STJCE, 10 julio 1980, *Sa lancome*, C 99/79, *Rec.* 1980 p. 2536, apdo. 24. STPI, 27 septiembre 2006, *Glaxo Smithkline*, T 168/01, *Rec.* 2006, p. 2969, apdo. 102.

## **b) Base del pronóstico**

**260.** Para poder juzgar si existe un riesgo probable de infracción habrá que realizar un pronóstico que se basará en una serie de criterios. Si se exigiese, por ejemplo, hechos en el pasado la norma perdería su efectividad: Así el *effet utile* exige que también se incluyan riesgos que surgen por primera vez sin necesidad de que consten precedentes<sup>775</sup>.

## **c) Riesgo de repetición de una infracción**

**261.** Si la acción se refiere al riesgo de repetición de alguna infracción ocurrida en el pasado habrá que asumir que la infracción que se quiera evitar se asemeja a la infracción inicial, ya que el riesgo de repetición se basa precisamente en que vuelvan a suceder unos hechos concretos sin que sea necesaria que ambas conductas sean idénticas. A estos efectos se debe asumir que las conductas se referirán a los mismos lugares de ejecución de la conducta y de sus efectos; el mercado afectado deberá, por tanto, ser el mismo en ambas situaciones<sup>776</sup>.

## **d) Amenaza de primera infracción**

**262.** Los infractores potenciales pueden adoptar medidas previas que dejen prever que van a cometer una infracción en un mercado concreto. Cuando una empresa vaya a abusar de su posición de dominio bastará con que señale o muestre al mercado sus intenciones para poder reconocer el mercado que vaya a ser afectado<sup>777</sup>.

---

<sup>775</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p.183.

<sup>776</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p.183.

<sup>777</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 184.

## **I) Estructura y funcionamiento, operación de la norma de conflicto**

**263.** La norma básica recogida en el art. 6.3.a R. Roma II se basa en el mercado afectado como factor de conexión sin exigir efectos apreciables o sustanciales y de alcance multilateral al referirse a cualquier mercado afectado. Esto supone una diferencia de gran alcance, aunque lógica, frente a las normas de Derecho Internacional Privado relativas al ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia a nivel nacional que suelen ser unilaterales además de basarse en la doctrina de los efectos<sup>778</sup>.

El art. 6.3.b R. Roma II contiene una norma adicional y opcional para aplicar una sola ley a la totalidad de los daños sufridos en caso de que haya uno o varios demandados. Esta norma busca evitar situaciones “mosaico” en casos pluriestatales y con varias partes, tal y como exigía el Parlamento Europeo. También contiene salvedades contra posibles situaciones de *forum shopping*, tal y como exigía el Consejo. Como resalta *Illmer* el resultado es un compromiso de gran complejidad entre ambas premisas<sup>779</sup>.

## **J) Determinación de la ley aplicable**

### **a) Norma general: la Ley del Mercado Afectado**

**264.** El art. 6.3.a R. Roma II codifica la doctrina de los efectos que a su vez concreta la conexión general en el lugar de los efectos, tal y como la establece el art. 4.1 R. Roma II. Su objeto es precisar el lugar en el que tiene lugar el daño en una infracción contra el Derecho Antitrust correspondiendo con la opción 32 del Libro Verde de Daños<sup>780</sup>.

El objeto de la norma también consiste en eliminar cualquier duda respecto al momento relevante, esto es, el lugar del daño económico o el del mercado afectado. Así, el art. 6.3

---

<sup>778</sup> M. ILLMER, “art 6 Rome II” en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 79.

<sup>779</sup> M. ILLMER, “art 6 Rome II” en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 80.

<sup>780</sup> Libro verde de daños, opción 32.

bloquea a los arts. 4.2 y 4.3. R. Roma II que por su parte no encajarían con el Derecho Antitrust Internacional<sup>781</sup>.

**265.** El Derecho de la Competencia protege tanto a la comunidad como a los individuos que se vean afectados por una distorsión de la libre competencia incluyendo sus consecuencias<sup>782</sup>. Esta dualidad debe de trasladarse al derecho de conflictos, tal y como prevé el art. 6.3 R. Roma II al establecer como factor de conexión el lugar del mercado afectado en el que confluyen comunidad e individuos. De esta forma, el mercado afectado es regulado por el derecho de la competencia aplicable siguiendo la política general de competencia. La doctrina de los efectos también tiene sus ventajas desde el punto de vista económico, ya que gracias a ella el Derecho de la Competencia corrige el mercado allí donde tiene que corregirlo. Por último, la doctrina de los efectos es reconocida internacionalmente desde hace ya tiempo incluso desde el punto de vista del Derecho Internacional Público además de tener una larga tradición en la Unión Europea<sup>783</sup>.

La conexión con el lugar donde se adopta el acuerdo permitiría manipulaciones por parte de las empresas que adoptan el acuerdo por lo que la norma no cumpliría con los requisitos de protección mínimos.

Así, la doctrina de los efectos excluye la conexión con el lugar donde se adopta el acuerdo consiguiendo que las reglas aplicables a todas las empresas que actúan en un mercado sean las mismas<sup>784</sup>. Este factor de conexión también permite que el Estado del mercado afectado pueda adoptar su propia política de competencia en su mercado, permitiendo o limitando por ejemplo la defensa *passing on*. Algunos autores han criticado el factor de conexión del mercado afectado por resultar complejo e

---

<sup>781</sup> S. FRANCQ Y W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation", en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 119.

<sup>782</sup> Véase al respecto: A. EZRACHI, "EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases", 2ª Ed., Oxford, USA, Oxford 2010.

<sup>783</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 184.

<sup>784</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 184.

incrementar los costes de forma significativa al obligar a analizar el impacto de la conducta en el mercado en cuestión para poder fijar la ley aplicable al fondo del asunto<sup>785</sup>.

266. Sin embargo, el art. 6.3 R. Roma II en teoría podría aplicarse sin mayores dificultades a las demandas *follow on*, puesto que no sería necesario realizar un complejo análisis para determinar el mercado afectado ya que éste se habrá fijado en la decisión administrativa previa<sup>786</sup>. Los demandantes podrían basarse en el análisis del mercado geográfico realizado por la autoridad de competencia que haya adoptado la decisión. De esta forma, la doctrina de los efectos es la conexión más razonable, a pesar de las críticas recibidas en el pasado en particular en relación a su aplicación a varios mercados.

No obstante, es necesario recalcar que, aunque la norma se base en la doctrina de los efectos, existen ciertas diferencias entre el concepto “el país en el que el mercado resulte afectado” del R. Roma II y el concepto “mercado geográfico relevante” del Derecho de la Competencia Nacional o Comunitario que se emplea para fijar el alcance de la conducta y del ilícito<sup>787</sup>. La distinción entre ambos conceptos es necesaria. Además se debe de diferenciar entre infracciones del art. 101 e infracciones del art. 102 TFUE. Por ejemplo, para el abuso de posición dominante la definición del mercado relevante es una condición previa necesaria. Por el contrario al aplicar el art. 101 TFUE en su caso el mercado relevante servirá para determinar si la conducta, acuerdo etc. afecta al mercado entre los Estados miembros y distorsiona la competencia dentro del mercado interior<sup>788</sup>.

---

<sup>785</sup> A. DYCKINSON, *The Rome II Regulation: The Law applicable to non contractual obligations*, Oxford, Hart Publishing 2008, pp. 391-422.

<sup>786</sup> M. DANOY, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011 p. 164; M. HELLNER, “Unfair Competition and acts restricting free competition- a commentary on Article 6 of the Rome II Regulation”, en *YPIL* 2007, pp. 50-51.

<sup>787</sup> S. FRANCO Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 107.

<sup>788</sup> STJCE, 6 julio 2000, *Volkswagen*, T 62/98, *Rec.* 2000, p. 853.

La delimitación del mercado en el caso del art. 101 TFUE se llevará a cabo si cuando, “sin dicha delimitación, no es posible determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”<sup>789</sup>.

**267.** Ahora bien, a la hora de fijar la ley aplicable sí es necesario identificar el mercado afectado. Así, el análisis sobre la ley aplicable implicaría aspectos materiales para analizar si el acuerdo o conducta puede afectar el mercado en cuestión. Para ello habrá que definir el mercado relevante para luego determinar la conexión entre la conducta ilícita y el mercado afectado.

## **b) Definición del Mercado afectado y Derecho Antitrust**

**268.** El art. 6.3.a R. Roma II no contiene ninguna definición exacta de la doctrina de los efectos y su aplicación internacional privatista. Esto nos lleva a recurrir a la definición y criterios establecidos por el TJCE sobre el Derecho de la Competencia Comunitario, en particular la sentencia *pasta de madera* y la práctica de la Comisión Europea al respecto<sup>790</sup>. Adicionalmente, los criterios generales de conexión del Derecho de la Competencia Primario y el principio de previsibilidad servirán de guía<sup>791</sup>. El efecto se define como cualquier cambio de la situación de la competencia en el mercado como por ejemplo una variación del volumen de negocios en un mercado concreto.<sup>792</sup>

---

<sup>789</sup> STJCE, 6 julio 2000, *Volkswagen*, T 62/98, *Rec.* 2000, p. 853. STPI, 15 septiembre 1998, *European Night Services*, T-374/94, *Rec.* 1998, p. 3141, apdos. 93 a 95 y 105.

<sup>790</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Ahlström/Comision*, C 89, 104, 114, 116, 117 y 125 -129/85, *Rec.* 1988, p. 5193, 5243.

<sup>791</sup> Nota del director del comité de derecho civil Roma II de 16 marzo 2006, 6623/06 JUSTCIV 33 CODEC 247, p.7. Nota del director del comité de derecho civil Roma II de 10 abril 2006 7929/06 JUSTCIV 85, CODEC 296 p. 8 nota 3.

<sup>792</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 185.

**269.** El mercado a los efectos del Derecho de la Competencia Internacional es el lugar en el que se juntan oferta y demanda, debiendo excluirse la situación en otros mercados, siendo el mercado geográfico el relevante. Así, debido a que la norma determina el derecho de un país, el derecho deberá ser limitado a cada Estado y se deberá diferenciar entre sí aunque los territorios estatales y la zona económica afectada no coincidan siempre por completo<sup>793</sup>.

La definición del mercado relevante según el Derecho de la Competencia Europeo combina el mercado geográfico con el mercado del producto. El mercado del producto incluye todos aquellos productos y/o servicios que puedan ser sustituidos de forma razonable con características físicas o técnicas similares con el mismo nivel de precios y aplicación<sup>794</sup>. Por otra parte, *el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas*<sup>795</sup>.

La determinación del mercado relevante en litigios o procedimientos sancionadores sobre el Derecho de la Competencia puede resultar un ejercicio sumamente complejo y costoso ya que depende de numerosos factores económicos. Además, los mercados se determinan por criterios económicos por lo que las fronteras geográficas y estatales juegan un papel secundario. No obstante, y en relación al Derecho internacional Privado, el juez podrá aplicar un análisis más sencillo al conectar los efectos de una conducta ilícita a uno o más territorios nacionales. En el caso de las demandas *follow*

---

<sup>793</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 185. J. RODRIGO RODRIGUEZ, “La ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 669.

<sup>794</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia Diario Oficial n° C 372 de 9 Diciembre 1997, p. 0005 - 0013 apdo. 7.

<sup>795</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia DO n° C 372 de 9 Diciembre 1997 pp. 0005 - 0013 apdo. 8.

on, el juez podrá basar su análisis en las decisiones administrativas previas. Tanto en este caso como en el caso de las demandas *stand alone* que no se basen en decisiones administrativas previas, el factor decisivo no será el lugar en el que se encuentren compradores y vendedores sino más bien el área geográfica en la que coincidan suministro y demanda. De esta forma, un mercado económico deberá dividirse en mercados legales para poder determinar la ley aplicable a cada demanda o grupo de demandantes<sup>796</sup>.

En la práctica si dos empresas domiciliadas en los Estados miembros A y B infringen el art. 101 TFUE fijando los precios de los productos que suministran, el mercado afectado será aquel en el que vendan sus productos a los primeros compradores. Si uno de los compradores vendiese estos productos a un comprador domiciliado en el Estado E, este mercado difícilmente se verá afectado por la conducta de forma directa. En este sentido, cabe preguntarse si el efecto en el mercado E puede considerarse consecuencia indirecta, por lo que este mercado no estaría afectado en el sentido del art. 6.3.a R. Roma II. Esto último dependerá de la naturaleza del vínculo.

En resumen, cuando el art. 6.3.a R. Roma II se refiere al mercado afectado se está refiriendo al territorio nacional afectado, aunque en el Derecho de la Competencia el mercado afectado se extienda a más de un país. La conexión debe ser al derecho de un país<sup>797</sup>.

### c) ¿Efecto directo y sustancial?

**270.** Mientras que el art. 6.3.b R. Roma II requiere explícitamente un efecto directo y sustancial, ni el art. 6.3.a R. Roma II ni los considerandos exigen que el efecto sea sustancial y directo. A lo largo del proceso legislativo sí existió un considerando que recogía ambas condiciones, pero fue finalmente eliminado en el proceso de conciliación

---

<sup>796</sup> S. FRANCO, W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation" en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.121.

<sup>797</sup> M. HELLNER, "Unfair competition and acts restricting free competition. A commentary on article 6 of the Rome II Regulation", en *YPIL* 2007, Vol. IX, p. 60.



entre el Parlamento y el Consejo<sup>798</sup>. La documentación disponible de las negociaciones no recoge los motivos de la eliminación. El art. 6.3 R. Roma II es, en principio, una mera aclaración de la norma general establecida en el art. 4 R. Roma II por lo que desde la doctrina se considera que esta norma exige un efecto directo aunque no tenga que ser sustancial<sup>799</sup>. De esta forma podríamos encontrarnos ante una nueva incursión desde el Derecho Internacional Privado al Material que no es pacífica en la doctrina<sup>800</sup>. Por otro lado, una buena parte de los autores considera que el filtro en la determinación del derecho aplicable es inherente y necesario frente a la doctrina de los efectos. No obstante, no hay unanimidad ya que algunos exigen que el efecto sea además sustancial<sup>801</sup> o incluso previsible<sup>802</sup>.

#### **d) Efecto directo**

**271.** El efecto directo está relacionado, por una parte, con el art. 4 R. Roma II y, por la otra, con la defensa *passing on*, es decir, con el derecho material. El considerando 21 nos aclara que el art. 6 R. Roma II no es una excepción sino una aclaración. El art. 4 R. Roma II no abarca las consecuencias indirectas del daño causado al bien jurídico protegido, por lo que son irrelevantes a la hora de determinar el país en el que ha tenido lugar el daño<sup>803</sup>. Esta interpretación sería válida incluso con la defensa *passing on*, que permite al demandado alegar que el daño se ha traspasado al final de la cadena y puede servir para rechazar la demanda de un comprador directo. Esta opción conlleva que el

---

<sup>798</sup> Véase punto 20 de la posición común CE n° 22/2006 de 25 de septiembre de 2006, DOUE 2006 C 289/68.

<sup>799</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, "Conflict of Laws comes to rescue of Competition Law: The new Rome II Regulation", en *JPRIL* 2009, pp. 311- 322; A. DYCKINSON, *The Rome II Regulation: The law applicable to non contractual obligations*, Oxford, Hart Publishing 2007, apdo.6.65; J. FITCHEN, "Choice of Law in international claims based on restriction of competition: Article 6 (3) of the Rome II regulation", en *JPRIL* 2009, pp.337, 366. S. FRANCO, W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation" en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 123.

<sup>800</sup> M. ILLMER, "art 6 Rome II" en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 97.

<sup>801</sup> S. LEIBLE Y M. LEHMANN, "Die neue EG Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom II")", en *RIW* 2007, pp. 721-730.

<sup>802</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 186.

<sup>803</sup> I. BACH, "Art. 4 Rome II" en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 17. M. ILLMER, "Art 6 Rome II" en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 99.

consumidor final e indirecto tenga derecho de reclamar los daños realmente sufridos, y que le han sido trasladados a lo largo de la cadena. El derecho aplicable a la demanda del comprador directo y a la del indirecto deberá ser el mismo para evitar desajustes: La víctima indirecta tiene derecho a reclamar si el perjuicio ha sido debidamente trasladado, por ello deberá haberse trasladado en virtud del mismo sistema legal. En caso contrario, el demandado podría verse enfrentado a dos demandas distintas por los mismos daños, sujetas a derechos distintos. En consecuencia, el derecho nacional del mercado afectado directamente por las ventas a compradores directos regirá las demandas de compradores directos e indirectos y también la defensa *passing on*<sup>804</sup>.

#### **e) Efecto sustancial**

**272.** Aunque no se mencione de forma expresa, una parte de la doctrina exige que el efecto sea sustancial. Ésto último se mide en la obstrucción de las alternativas de actuación de terceros<sup>805</sup>. El Derecho de la Competencia Comunitario parte de un 5% de cuota de mercado como umbral mínimo y como valor orientativo. Este valor orientativo también podría aplicarse al Derecho Internacional Privado y se aplicaría por la vía del art. 6.3.a R. Roma II, o por la vía del derecho imperativo. Ahora bien, las normas de colisión no pueden depender de valores y cifras por lo que tan sólo se podrá trasladar a la norma de colisión la gravedad de la infracción y el resto de condiciones del mercado<sup>806</sup>. Por ello, el grado de apreciabilidad o sustancialidad de la conducta en el mercado deberá depender del derecho material y no del derecho internacional privado.

---

<sup>804</sup> M. ILLMER, “art 6 Rome II” en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 101. S. FRANCQ Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 123.

<sup>805</sup> E. J. MESTMÄCKER, H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2ª Ed. 2004, § 10, apdo. 80. P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 186.

<sup>806</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-19, p. 186.

**273.** Cuando la conducta sólo afecte a un mercado, la determinación de la ley aplicable no podrá depender del grado de afectación del mercado, puesto que si esta no alcanza los umbrales el tribunal no podría determinar la ley aplicable. Aunque la doctrina de los efectos se diferencie del resto de normas de colisión habituales del Derecho Internacional Privado porque éstas suelen fijar el derecho aplicable de forma abstracta, los criterios del derecho conflictual deben de prevalecer<sup>807</sup>.

#### **f) El mercado que pudiera ser afectado**

**274.** Es necesario preguntarse en qué casos podrán verificarse daños cuando el mercado todavía no se ha visto afectado por la conducta. Este supuesto está en línea con las normas comunitarias Antitrust que sancionan incluso acuerdos que no han sido puestos en práctica y que, por ende, no han podido generar daños. Así, el art. 101 TFUE se refiere a acuerdos o prácticas que tengan por objeto la restricción de la libre competencia con independencia de sus efectos en el mercado. El Tribunal también ha seguido este mismo criterio en relación al abuso de posición de dominio. Un comportamiento abusivo también debe ser castigado, aunque no haya obtenido los efectos deseados<sup>808</sup>.

El art. 6.3 R. Roma II se centra en las demandas por daños, por lo que deberá haber daños para que se pueda aplicar esta norma de conflicto; resulta difícil imaginar supuestos de reclamación de daños y perjuicios cuando la conducta lesiva no ha llegado a implementarse ni a afectar al mercado<sup>809</sup>.

---

<sup>807</sup> U. SCHOLZ, G. RIXEN, “Die neue europäische Kollisionsnorm für ausservertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkenden Verhalten“ en *EUZW* 2008, pp. 327 -332.

<sup>808</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, LexNova 2011, p. 670.

<sup>809</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, LexNova 2011, p. 670.

## **K) Límites a la doctrina de los efectos**

275. El legislador ha decidido expresamente seguir la doctrina de los efectos como factor de conexión, en lugar de optar por el criterio de implementación de la doctrina *Pasta de Madera* establecida por el TJCE<sup>810</sup>. El vínculo no se basa en el domicilio de las empresas involucradas ni en el lugar del hecho generador del daño o de implementación del acuerdo, que son algunos de los vínculos empleados para determinar la competencia judicial internacional. Las infracciones del Derecho de la Competencia a nivel internacional pueden canalizarse a través de la cadena de distribución de varios países, por lo que la aplicación de la doctrina de los efectos puede provocar la aplicación de leyes o sistemas “lejanos”<sup>811</sup>. Con el fin de atenuar este riesgo, se ha planteado limitar la doctrina de los efectos. De hecho, la mayoría de los sistemas legales no la aplican sin limitación alguna<sup>812</sup>. Así, el art. 137 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado establece que se aplicará la ley del Estado en cuyo mercado el perjudicado se vea directamente afectado por la conducta (*auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist*). Por su parte, el art. 130 de la Ley de Defensa de la Competencia Alemana GWB, habla también de efectos directos y apreciables en el mercado alemán. También la *Sherman Act* y la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 exigen efectos directos sustanciales y razonablemente previsibles en el mercado estadounidense. Por último, la Corte General del TJCE, en relación al alcance territorial de las normas comunitarias de control de concentraciones (Reglamento 139/2004), permite la aplicación de estas normas sólo en aquellas concentraciones que tengan un efecto inmediato, sustancial y apreciable en el mercado interno<sup>813</sup>. De lo anterior se desprende que resulta necesario establecer un coto tal y como discutiremos a continuación.

---

<sup>810</sup> STJCE, 27 septiembre 1988, *Åhlström, Osakeyhtiö*, C89, 104..., *Rec.* 1988, p. 5193, apdo. 16-18.

<sup>811</sup> S. FRANCQ Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.122.

<sup>812</sup> S. FRANCQ Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.122.

<sup>813</sup> STJCE, 25 marzo 1999, *Gencor*, T 102/96, *Rec.* 1999, p. 753, apdo. 92.

**276.** En un segundo paso habrá que contraponer los intereses afectados. Ahora bien, y aunque esto se exija por el Derecho consuetudinario, cabe preguntarse si el art. 6.3 a R. Roma II incluye este segundo análisis. La norma ni establece dicho segundo paso, ya que simplemente se limita a codificar la doctrina de los efectos, ni tampoco recoge posibilidades para restringir su alcance. La interpretación teleológica no conduce a otro resultado. Los intereses contrapuestos no se encuentran en el objeto de la doctrina de los efectos, sino fuera del mismo. Además, la jurisprudencia del TJCE también ha negado esta segunda revisión de la doctrina de los efectos<sup>814</sup>.

La temida extraterritorialidad puede darse tan sólo en el ámbito público o administrativo pero no en el ámbito privado, por lo que el riesgo en el art. 6.3.a R. Roma II es nulo. Es ajena la fragmentación de las acciones más allá del efecto mosaico, esto es, que a las acciones se les aplique el derecho de cada Estado cuyo mercado haya sido afectado. Precisamente, la fragmentación es una consecuencia directa de la doctrina de los efectos y se corresponde con la voluntad del legislador<sup>815</sup>.

**277.** Siguiendo las anteriores premisas podemos plantear los siguientes ejemplos: Las acciones derivadas de un cártel de reparto de mercados o cuotas se regirán por el derecho del mercado afectado en cada caso concreto. Los acuerdos verticales para cerrar o bloquear el mercado o fijar precios en un Estado miembro concreto se someterán al ordenamiento jurídico de dicho Estado<sup>816</sup>. Los acuerdos de exclusividad se regirán por la ley del mercado de importación, si el acuerdo afecta a la posición de otros importadores en el mercado. En el caso de un abuso de posición dominante, las acciones derivadas de la misma se someterán al ordenamiento del Estado Miembro en el que se haya ejercido el abuso de posición dominante<sup>817</sup>. En el caso de un

---

<sup>814</sup> STPI, 25 marzo 1999, *Gencor*, T 102/96, *Rec.* 1999, p. 753-788, apdos. 102 y ss.

<sup>815</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 187.

<sup>816</sup> D.P TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstösse im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 564.

<sup>817</sup> D.P TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstösse im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 565.

cártel, se considerará mercado afectado el lugar en el que el primer comprador o importador ejerza su actividad<sup>818</sup>.

Otro tipo de medidas colusorias, tales como precios predatorios, descuentos ilícitos o similares que tengan por objeto perjudicar a otros competidores se valorarán según el derecho del lugar en el que se realicen las conductas o tendría que haber tenido lugar la acción omitida (suministro, acceso a una prestación etc.) Este lugar coincide con el mercado cuyo funcionamiento ha sido lesionado por la conducta anticompetitiva poniendo en peligro al resto de la competencia o limitándola<sup>819</sup>.

#### **L) Varios mercados afectados: la doctrina “Mosaico”**

**278.** Cuando la acción afecte a varios mercados, la norma general del art. 6.3.a R. Roma II impone la aplicación de la doctrina mosaico, por lo que las consecuencias en cada mercado deberán valorarse según el derecho de este mercado<sup>820</sup>.

El principio es claro y a primera vista de fácil aplicación, puesto que no es necesario determinar el grado de los efectos sobre cada mercado con el objeto de optar por el más afectado en detrimento del menos afectado por la conducta<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> Así F. W. BULST, “Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht” en *EWS* 2004, pp. 403-410, p. 406. D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law”, en *ZWER* 2006, pp. 1-26, p. 25. D.P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 564.

<sup>819</sup> D.P. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr*, Baden Baden, Nomos 2011, p. 565.

<sup>820</sup> Documento de trabajo de la comisión „acciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la Competencia, 10.2.2006, SEK, 2005, 1732, p. 86, Nr. 248; D. ZIMMER, A. LEOPOLD “Private Durchsetzung des Kartellrecht und der Vorschlag zur Rom II- VO“ en *EWS* 2005, pp. 149-154, p. 152; J. ADOLPHSEN, “The Conflict of Laws in Cartel Matters in a Globalised World: Alternatives to the effects Doctrine in Journal of Private International Law” en *JPRIL* 2005, pp. 151-195, p.161. J. BASEDOW “Perspektiven des Kartelldeliktsrechts”, en *ZweR* 3/2006, pp. 294-305, p. 299; F. GARCIMARTIN ALFEREZ, “The Rome II regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, en *EULF* 2007, pp. 1-77-91; S. LEIBLE, M. LEHMANN, “Die neue EG Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom II”)“ en *RIW* 2007, pp. 721-730. P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 188.

El considerando 20.3 del punto de vista común del Parlamento y el Consejo que establecía el derecho de cada Estado se referiría sólo al daño generado en dicho Estado miembro<sup>822</sup>. Y aunque este texto no haya prosperado, su espíritu continua vigente en el considerando 22 del R. Roma II. En efecto, la propia existencia del art. 6.3.b R. Roma II se basa en el *Mosaikprinzip* y trata de suavizar sus efectos en ciertos supuestos.

### **a) Aplicación práctica de la doctrina del Mosaico**

**279.** Algunos autores consideran que el *Mosaikprinzip* es poco práctico, además de conllevar que el perjudicado deba esforzarse más para recuperar el daño total ya que tendrá que determinar el derecho aplicable al daño sufrido en cada país<sup>823</sup>. Esto genera más costes y el juez debe enfrentarse al derecho de los distintos mercados afectados<sup>824</sup>. Según la ley procesal del foro, al perjudicado y demandante le corresponde la carga de la prueba sobre el derecho extranjero<sup>825</sup>. El derecho extranjero se consideraría hecho que no derecho y la carga aumentaría dependiendo del número de países implicados. Esta situación podría incluso provocar que el demandante limitara su demanda a la reclamación de los daños y perjuicios sufridos en el mercado del foro, renunciando al resto de daños sufridos, por lo que el *effet utile* del Derecho Comunitario perdería eficacia. Durante el propio procedimiento la coordinación del mismo puede incluso llegar a provocar retrasos importantes de la demanda, aumentando el desequilibrio cuando la demanda se dirija contra varias empresas<sup>826</sup>.

---

<sup>821</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 188.

<sup>822</sup> Gemeinsamer Standpunkt, Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.6.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung EG Nr... /2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Recht, Rom II, DOUE 2006, C 289E/69.

<sup>823</sup> T. EILMANNSBERGER, “The relationship between rights and remedies in EC Law: in Search of the missing link” en *CMLR* 2007, pp. 1199-1246.

<sup>824</sup> F. GARCIMARTIN ALFEREZ, “The Rome II regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, en *EULF* 2007, pp. I-77-91.

<sup>825</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZALEZ, “El tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero”, en *La Ley*, nº 6238, 25 abril 2005, p. 8. Sobre el Debate: J. PICÓ I JUNOY, “La prueba del Derecho Extranjero: ¿Dónde está el problema?” en X. A. LLUCH, J. PICÓ I JUNOY, M. RICHARD GONZALEZ, *La prueba Judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativa*, Barcelona, La Ley 2012.

<sup>826</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law”, en *ZweR* 2006, pp. 1-26, p. 25.



## **b) Riesgo de conexión multilateral**

**280.** Parte de la doctrina considera que el *Mosaikprinzip* puede provocar conexiones multilaterales y conflictos si los legisladores establecen parámetros diferenciados y cada parte trata de imponerlos<sup>827</sup>. Ahora bien, la conexión del *Mosaikprinzip* no es realmente una conexión multilateral puesto que no provoca que los mismos hechos se sometan al derecho de varios países.

*Mankowski* considera que el *Mosaikprinzip* es más bien una “*distributive Anknüpfung*”, es decir, una conexión distributiva que coordina y ordena al someter las distintas partes de los hechos a los distintos derechos<sup>828</sup>: A cada hecho concreto un derecho. Esto es, derecho francés a los hechos y daños sufridos en Francia y derecho español a los hechos y daños sufridos en España aunque en ambos casos la conducta de origen, por ejemplo un acuerdo en Alemania, sea la misma. En consecuencia, no habrá colisión en relación a un fragmento de los hechos concreto.

No obstante, serán inevitables conflictos de intereses debido a las distintas políticas y definición de la competencia aunque éstos se puedan solventar. Prohibiciones en un mercado puede que no existan en otros aunque las normas de conducta básicas para las empresas sean las mismas y esté claro que tan sólo se refieran al mercado en el que se actúa y no a otros mercados<sup>829</sup>. Por otro lado, el Derecho Internacional Privado tan sólo determina la aplicación de un derecho concreto a unos hechos y no conlleva de forma automática una sanción. La imposición de sanciones dependerá del derecho aplicable, y no de las normas de colisión. Si se analizan los mercados afectados con anterioridad, se podrá constatar que no existe conflicto alguno. Además, las normas de litispendencia

---

<sup>827</sup> J. ADOLPHSEN, “The Conflict of Laws in Cartel Matters in a Globalised World: Alternatives to the effects Doctrine in Journal of Private International Law”, en *JPRIL* 2005, pp. 151-195, p. 161; W. KILIAN, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, Munich, Beck 2004, apdo. 453.

<sup>828</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 188.

<sup>829</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 188.



del R. 1215/2012 también servirán para evitar sentencias contradictorias<sup>830</sup>. Por lo anterior se debe concluir que el riesgo de conexión multilateral y conflictos es bajo.

### **c) La opción cuando haya varios mercados afectados**

**281.** El art. 6.3.b R. Roma II ofrece como opción la aplicación de un solo derecho a todos los daños, incluso en casos con pluralidad de demandados, si se cumplen una serie de requisitos<sup>831</sup>. Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado en un Estado miembro puede optar por basar su demanda en la legislación de dicho foro, siempre y cuando este mercado figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda<sup>832</sup>.

El objetivo de esta norma es reducir los costes y duración de los litigios, así como el riesgo de decisiones erróneas al permitir al tribunal analizar todos los aspectos del caso según la Ley del Foro<sup>833</sup>. También sirve para limitar los efectos negativos de la doctrina de los efectos y del principio mosaico que podrían desincentivar a los perjudicados desde el comienzo.

Aunque la norma opcional no esté limitada a casos intracomunitarios, la vulneración del Derecho Antitrust Europeo sirvió de base para el diseño de la norma ya que se aplica a escenarios pluriestatales cuando la conducta prohibida afecte al mercado intracomunitario, esto es varios Estados miembros<sup>834</sup>. Por otra parte, la dificultad de

---

<sup>830</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp.177-193, p.188.

<sup>831</sup> M. ILLMER, en “Art 6 Rome II“ en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 104.

<sup>832</sup> M. ILLMER, “Art 6 Rome II“ en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 107.

<sup>833</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, “Conflict of Laws comes to rescue of Competition Law: The new Rome II Regulation“, en *JPRIL* 2007, pp. 311-323. P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193 p.188. R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Londres, Sweet Maxwell 2009, apdo. 20-70. M. ILLMER, “Art 6 Rome II“ en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 108.

<sup>834</sup> M. ILLMER, “Art. 6 Rome II“, en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 108,

valorar y localizar las porciones del daño ocurrido en cada mercado es especialmente grave en conductas contrarias al Derecho Antitrust Europeo.

**282.** Ciertos autores cuestionan la opción otorgada al demandante, que podría así por ejemplo tratar de evitar la defensa *passing on* y reclamar daños y perjuicios aun habiendo trasladado éstos a su clientes<sup>835</sup>. La defensa *passing on* depende de la legislación nacional y, a diferencia de los primeros casos habidos en Estados Unidos en los que no se admitió esta alegación y el demandante salió beneficiado por partida doble en Europa, los precedentes habidos hasta la fecha han resuelto esta cuestión de forma razonable y justa<sup>836</sup>. Es evidente que si se traslada el aumento de precio a un tercero y se vende efectivamente no se sufre daño alguno por lo que, por ende, la demanda no estaría justificada<sup>837</sup>. La Directiva de Daños reconoce explícitamente la defensa y el ataque *passing on* por lo que en principio estos problemas se solucionarían tras la aprobación y transposición al Derecho Nacional. El art. 6.3.b R. Roma II no fija la forma de ejercer la opción, ya que esto pertenece al ámbito procesal, por lo que estará regulado por la Ley del Foro en virtud de lo establecido por el art. 1.3 R. Roma II.

**283.** Para que el demandante pueda optar por la Lex Fori en base al art. 6.3.b R. Roma II se deberán cumplir los siguientes requisitos:

**1. Tribunal de un Estado Miembro.** La demanda deberá plantearse ante un tribunal de un Estado miembro.

---

<sup>835</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law”, en *ZweR* 2006, pp. 1-26, p. 23. J. RODRIGO RODRIGUEZ, “La ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo” en L. VELASCO SAN PEDRO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 673.

<sup>836</sup> STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros*, R 651/2013, STS, 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, 344/2012; J. SUDEROW, “Private Enforcement in Spanien: Die Schokoladenhersteller gegen den Zuckerkartell”, en *WuW* 2014, pp. 142-152.

<sup>837</sup> BGH, 28 junio 2011, *ORWI*, Az.KZR 75/10, W. KIRCHHOFF, “Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs, Hintergründe und Konsequenzen für die Rechtspraxis” en *WuW* 2012, pp. 927-935.

**2. Domicilio del Demandado.** El demandante tan sólo podrá acogerse a la *Lex Fori* cuando el demandado tenga su domicilio en la jurisdicción del tribunal ante el que se ha iniciado la demanda. De esta forma, el derecho aplicable dependerá en cierta medida de la competencia judicial internacional. El domicilio del demandado deberá estar en un Estado miembro, y se fija según lo establecido por el art. 4 y 63 R. 1215/2012. El objeto de esta medida es reducir las dificultades y costes que genera la aplicación de un derecho material distinto del foro<sup>838</sup>. Así se concentraría la parte material de la demanda en un solo derecho. *Mankowski* considera esto como una consecuencia lógica, puesto que el art. 6.3.b R. Roma II sólo vincula a aquel que debe aplicar sus normas en su foro<sup>839</sup>. La elección del demandante se limita a los aspectos civiles de la infracción, en especial en relación a los otros mercados afectados, y no afecta al Derecho de la Competencia que determina la infracción en los otros mercados afectados. Limitar el art. 6.3.b R. Roma II a los aspectos civiles, esto es, a las consecuencias de la conducta ilícita entre particulares no perjudica tampoco a la opción del art. 6.3.b R. Roma II ya que su objetivo es limitar las dificultades prácticas generadas por la doctrina del mosaico<sup>840</sup>.

**3. Mercado afectado directa y sustancialmente.** Este requisito coincide con el espíritu de la norma de conflicto, cuyo factor de conexión principal es el mercado afectado. No obstante, el Reglamento no define ni el término directo ni el término sustancial, dejando estas cuestiones a la doctrina y a los tribunales. Es evidente que el grado de vinculación entre la conducta y el mercado afectado deberá ser superior al exigido por el art. 6.3.a R. Roma II<sup>841</sup>. Pero la dificultad

---

<sup>838</sup> Informe del Parlamento Europeo sobre el texto común aceptado por el comité de mediación para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales, Roma II, A6-0257/2007, p. 9.

<sup>839</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 188.

<sup>840</sup> M. ILLMER, "Art 6 Rome II", en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich Sellier 2011, apdo. 111.

<sup>841</sup> P. MANKOWSKI, "Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung", en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 189. W.H. ROTH, "Internationales Kartellrechts in der Rom II-Verordnung" en D. BAETGE, J. VON HEIN y M. VON HINDEN (Coords.) *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Krropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck 2008, p. 623, p. 646. S. FRANCQ Y W. WURMNEST, "International Antitrust Claims under the Rome II Regulation" en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p.123. J. RODRIGO RODRIGUEZ, "Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de

radica en la aplicación práctica de la norma, ya que no establece cómo diferenciar entre un mercado y otro. En casos de fijación de precios, ¿en qué deberá basarse el juez para optar entre dos Estados? ¿En las unidades vendidas en un mercado u otro? ¿En el grado de afectación total sobre cada mercado?

**284.** Según *Dyckinson*, la Comisión había propuesto que el término directa y sustancialmente se debería definir de la siguiente forma:

*When determining whether or not a restriction of competition affects a market directly and substantially, in particular the prices, outputs, innovation or the variety of products on that market, due regard must be given to the position and the importance of the undertakings involved on the market for the products concerned*<sup>842</sup>.

Finalmente esta propuesta de la Comisión no fue contemplada por el R. Roma II.

El considerando (20).2 del punto de vista común era más general, al referirse a “si se trata de un efecto directo y considerable”<sup>843</sup>.

Así parecía que el requisito de inmediatez y sustancialidad debía basarse en la definición establecida en la sentencia *Gencor* esto es un efecto que modifique las condiciones del mercado afectado<sup>844</sup>. El efecto es inmediato y sustancial si la conducta limita la producción o ventas de las empresas que no participan en el cártel, con independencia de si estas empresas ya actuaban en ese mercado o no. Desde esta

---

actos contrarios al derecho Antitrust Europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 669.

<sup>842</sup> Commission Document SPI 2007, 42, 3.5.2007, 9. A DYCKINSON, *The Rome II Regulation: The Law applicable to non contractual obligations*, Oxford, Hart Publishing 2008, pp. 425. Traducción: A la hora de determinar si una restricción de la competencia afecta a un mercado directa y sustancialmente y en particular los precios, ventas, innovación o variedad de productos en ese mercado hay que prestar atención a la posición e importancia de las empresas involucradas en el mercado para los productos afectados.

<sup>843</sup> Gemeinsamer Standpunkt, Nr. 22/2006, vom Rat festgelegt am 25.6.2006, im Hinblick auf die Annahme der Verordnung EG Nr... /2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Recht, Rom II, ABl. EU 2006, C 289E/69.

<sup>844</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 189. STPI, 25 marzo 1999, *Gencor*, T-102/96, *Rec.* 1999, p. 753.

perspectiva, la aplicación de la *lex fori* no es contraproducente. El criterio de inmediatez sirve para limitar meros reflejos y el de sustancialidad para corregir, por lo que no se puede considerar que provoquen inseguridad<sup>845</sup>.

El término “también” en el art. 6.3.b R. Roma II deja claro que el tribunal del domicilio del demandado aplicará la *lex fori* al análisis de los daños que se han provocado no sólo en el mercado del foro sino también en otros mercados<sup>846</sup>.

#### **d) Ventajas de la opción de concentración**

**285.** El art. 6.3.b R. Roma II presenta una serie de ventajas:

En primer lugar, la norma fomenta la concentración de las demandas por daños y perjuicios contra cárteles. El foro del domicilio del demandado es un foro apropiado para concentrar todas las demandas.

En segundo lugar, sirve para reducir los costes de la demanda y en particular los costes secundarios siguiendo el principio de *lex fori* en el foro propio. El juez empleará su propio derecho y no tendrá ni que estudiar ni analizar derechos ajenos y desconocidos facilitando así su trabajo<sup>847</sup>. Además, esta norma permite reducir los inconvenientes que provoca el *Mosaikprinzip* puesto que todos los daños se regirán por el mismo derecho con independencia del lugar en el que hayan ocurrido. Esto favorece al perjudicado y al equilibrio entre los distintos intereses<sup>848</sup>.

En tercer lugar, el perjudicado no puede escoger libremente entre todos los derechos posibles sino que su opción está limitada al foro, por lo que se reduce el riesgo de *forum*

---

<sup>845</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p.190.

<sup>846</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 170. M. HELLNER, “Unfair Competition and acts restricting free competition- a commentary on Article 6 of the Rome II Regulation”, en *YPIL* 2007, p. 64.

<sup>847</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p.190.

<sup>848</sup> G. WAGNER “Die neue Rom II Verordnung“, en *IPRAX* 2008, pp. 1-17, p. 8.

*shopping* abusivo<sup>849</sup>. Además el art. 6.3.b segunda frase R. Roma II exige la existencia de una reclamación contra cada uno de los demandados. Este requisito va más allá de la mera conexidad del art. 8 y art. 30 R. 1215/2012. En el segundo caso, basta con una relación estrecha sin que sea necesario que las demandas contractuales se basen en el mismo contrato ni que las delictuales se basen en el mismo delito.<sup>850</sup> Cuando las reclamaciones se deriven de un cártel se referirán probablemente a los mismos hechos o motivos. La pretensión deberá ser la misma contra cada uno de los demandados, por lo que no se podrá incluir acciones similares basadas en otros hechos o en fundamentos jurídicos.

Por último, esta norma no hace más que facilitar la aplicación del principio general del foro del domicilio del demandado y equilibra la posición del demandado del foro. No obstante, sí empeora la del resto de demandados ya que tendrán que someter la disputa al derecho de un foro que les puede resultar desconocido.

El texto del art. 6.3.b R. Roma II es además preciso y previsor al referirse explícitamente al perjudicado, por lo que una empresa que trate de plantear una demanda torpedo contra un posible perjudicado no podrá acogerse a esta opción<sup>851</sup>. Rodrigo afirma que en todos estos casos cuando el demandante “*activa la ley del foro, la legislación aplicable a la responsabilidad extracontractual va a ser una legislación europea*” ya que la demanda en el foro del domicilio se habrá basado en el R. 44/2001. De esta forma se mitigaría la remisión universal del art. 6.3.a del R. Roma II<sup>852</sup>.

## **e) Continuidad**

---

<sup>849</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 190. Documento de trabajo de la Comisión “Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrecht, 10.2.2006, SEK 2005, 1732, p. 88.

<sup>850</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193., p. 192.

<sup>851</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 190.

<sup>852</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO, *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 674.

**286.** Como hemos visto, las acciones por daños y perjuicios provocados por un cártel pueden dirigirse probablemente contra varios participantes del cártel. Las acciones pueden interponerse en demandas separadas, con las posibles consecuencias establecidas por el art. 30 R. 1215/2012, o en un solo procedimiento contra todas las empresas cartelistas haciendo uso de las normas de conexidad y litisconsorcio establecidas por el R. 1215/2012.

El art. 6.3.b R. Roma II segunda frase regula precisamente este tipo de situaciones en las que la demanda se presenta en el foro del domicilio de una de las empresas cartelistas cuyo mercado se haya visto afectado de forma inmediata y sustancial. Esta opción es una continuación lógica del principio establecido en la primera frase del art. 6.3.b R. Roma II, consiguiendo una mayor concentración y por tanto sencillez procesal amortiguando las consecuencias negativas del “*Mosaikprinzip*”. Así, en el mejor de los casos las consecuencias de un cártel se regirían por un solo derecho y en un solo procedimiento<sup>853</sup>.

#### **M) Carácter opcional del art. 6.3.b del R. Roma II**

**287.** El art. 6.3.b primera frase R. Roma II es opcional, por lo que el perjudicado no está obligado a seguir el camino hacia el domicilio del demandado pudiendo acogerse a lo establecido por la letra a, aunque en este caso tendrá que lidiar con las consecuencias del *Mosaikprinzip*<sup>854</sup>. Así, si quiere, puede ir reclamando los daños sufridos en los distintos mercados.

---

<sup>853</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 191. Documento de trabajo de la Comisión “Schadensersatzklagen wegen Verletzung des Wettbewerbsrecht, 10.2.2006, SEK 2005, 1732, p. 85.

<sup>854</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 190; S. LEIBLE, M. LEHMANN, “Die neue EG Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom II”)“ en *RIW* 2007, pp. 721,730; G. WAGNER “Die neue Rom II Verordnung“, en *IPRAX*, 2008, pp. 1-17, p. 18.

El carácter opcional conlleva que el demandante pueda seguir practicando *forum shopping*, aunque no resultará tan fácil ni atractivo puesto que sólo podrá optar por un solo derecho cuando éste sea el del domicilio del demandado. La seguridad jurídica también se respeta, puesto que el foro del demandado siempre está disponible y se puede determinar con facilidad<sup>855</sup>. Ahora bien, esta alternativa no soluciona los problemas que puedan surgir a la hora de conseguir las pruebas fuera del foro<sup>856</sup>.

## O) Interacción con el R. 1215/2012

**288.** Como hemos podido ver, la opción del art. 6.3.b R. Roma II está estrechamente relacionada con los aspectos jurisdiccionales en litigios con pluralidad de partes y foros nacionales descritos como son la conexidad y la litispendencia. Cuando haya varios Estados afectados, el demandante tendrá varios foros opcionales, según lo establecido en el art. 7.2 R. 1215/2012, como es el lugar en el que ha ocurrido el daño o el lugar del hecho dañoso.

Una demanda basada en el lugar en el que ha ocurrido el daño implica distintas acciones individuales en cada Estado o foro afectado limitadas a los daños ocurridos en dicho foro, en base a la doctrina *Shevill*.

Por el contrario, una demanda en el lugar del hecho dañoso puede abarcar la totalidad del daño aunque la determinación del lugar del hecho dañoso resulta especialmente compleja en este tipo de supuestos. El demandante también podrá demandar en el domicilio del demandado, en virtud del art. 4 R. 1215/2012. Sólo en estos dos últimos casos, el art. 6.3.b R. Roma II le permitirá unir todas las piezas del mosaico bajo un solo

---

<sup>855</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 190.

<sup>856</sup> J. BASEDOW, “Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law”, en J. BASEDOW (Coord.) *Private Enforcement of EC Competition Law*, La Haya, Kluwer 2007, pp. 230-252, p. 250. P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 190.



foro y derecho. Posibles abusos se corrigen gracias a los requisitos de efectos sustanciales y directos.

En caso de pluralidad de partes, el demandante podrá emplear la norma de litisconsorcio pasivo establecida en el art. 8.1 R. 1215/2012 para unir todas las demandas bajo un único derecho aplicable si el foro es el domicilio del demandado ancla y el mercado de dicho foro está afectado directa y sustancialmente<sup>857</sup>.

---

<sup>857</sup> M. ILLMER, “Article 6” en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdos. 118 y 119.

#### 4. Consideraciones tácticas y alcance del derecho aplicable

**289.** El art. 6.3.b R. Roma II facilita la acción del demandante aunque de otra parte limita el *forum shopping* al exigir un efecto directo y sustancial.

A la hora de decidir entre la letra a) y la b), la segunda parece más ventajosa en la mayoría de los casos con más de un Estado afectado. No obstante, merece la pena sopesar ventajas y desventajas en cada caso, teniendo en cuenta el listado de materias reguladas por la norma de conflicto establecido en el art. 15 R. Roma II que se describen a continuación.

El art. 1.3 R. Roma II excluye cuestiones tan esenciales como la prueba y el procedimiento por lo que el análisis anterior a la demanda deberá ser exhaustivo.

Por último conviene esbozar brevemente qué materias serán regidas por la ley aplicable fijada en función del art. 6.3.b R. Roma II. Este aspecto puede jugar un papel importante a la hora de desarrollar la estrategia procesal del demandante en un caso de ilícitos y daños plurilocalizados. El art. 15 R. Roma II recoge una lista que no es definitiva con las siguientes materias:

**290. Fundamento y alcance de la responsabilidad:** El fundamento y alcance de la responsabilidad, incluye el origen de la responsabilidad y abarca aspectos como negligencia o dolo, culpabilidad, causalidad entre el ilícito y el hecho dañoso<sup>858</sup>. Las diferencias entre un sistema de daños y otros pueden ser notables. Así, por ejemplo, en numerosos Estados de la Unión Europea se presume que el incumplimiento de la ley conlleva la culpabilidad. Son los casos de España y Alemania, además de Austria, Estonia, Hungría, Italia, Lituania y Eslovenia<sup>859</sup>. En otros Estados, las decisiones de las autoridades se consideran vinculantes mientras que en otros no. Así, habrá que analizar si en los mercados afectados directa y sustancialmente en base al art. 6.3.b R. Roma II

---

<sup>858</sup> I. BACH, “Article 15” en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011 apdo. 3.

<sup>859</sup> Respecto a España, véase STS, 8 junio 2012, *ACOR*, 341/12.

también se acepta esta presunción. De no ser así, puede que resulte más apropiado desglosar las acciones con el objetivo de poder ahorrarse esta parte del procedimiento.

**291. Demandas *Follow on*:** La mayoría de las demandas derivadas de un cártel basadas en las infracciones de la normativa comunitaria en un contexto transnacional serán *follow on*. La vulneración de la norma Antitrust ya habrá sido determinada por la Comisión Europea o por una Autoridad de defensa de la Competencia nacional con anterioridad a la acción por daños y perjuicios. La decisión de la Comisión Europea tendrá carácter vinculante en virtud de lo establecido por el art. 16 del Reglamento 1/2003. Por ello, el art. 6.3 R. Roma II afectará tan sólo al resto de aspectos de la acción, tales como el alcance de la responsabilidad, la prescripción de la cuantificación del daño sufrido etcétera. Por otra parte, puede que la decisión de una autoridad de defensa de la competencia nacional no tenga carácter vinculante ya que esto se determinará por la *lex fori*<sup>860</sup>. Esta situación se solucionará en principio una vez entre en vigor la Directiva de Daños y sea incorporada al Derecho Nacional ya que reconoce *ex profeso* el carácter vinculante de las decisiones de las Autoridades de Competencia<sup>861</sup>.

**292. Causas de exoneración, limitación y reparto de la responsabilidad:** Aquellas posibles limitaciones legales o contractuales de la responsabilidad, tales como fuerza mayor, casos fortuitos, provocación por la víctima también se regirán por el derecho fijado en base al artículo 6.3.b R. Roma II.

**293. Existencia, naturaleza y evaluación de los daños o la indemnización solicitada:** La ley aplicable servirá para decidir cómo fijar la compensación y el tipo de daños sufrido, moral, económico, etc. Estados como el Reino Unido que acepta los

---

<sup>860</sup> M. ILLMER, “Art 6 Rome II” en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich 2011, apdo. 85.

<sup>861</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 5 Diciembre 2014 L 394.

daños punitivos, pueden resultar más atractivos que otros Estados miembros. Los intereses también pueden jugar un papel esencial en este tipo de demandas debido a la larga duración de los procedimientos sancionadores.

**294. Medidas que pueda adoptar un Tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño:** Este punto incluye las medidas que prevea la norma nacional para evitar daños futuros o detener un daño que se está causando durante el procedimiento<sup>862</sup>. Algunos Estados como Alemania disponen de mecanismos de seguimiento y ejecución muy eficientes, por lo que puede que resulte mejor tratar de optar por el Derecho Alemán frente a otras alternativas menos eficientes o efectivas.

**295. Transmisibilidad, herencia del derecho a reclamar la indemnización:** Precisamente este aspecto puede resultar especialmente interesante y de gran importancia, puesto que la ley aplicable también será la que regule la transmisibilidad del crédito, esto es de los derechos de la víctima a un tercero. En los casos de herencia será la *lex sucessionis* la que fije cómo se traspase el derecho, mientras que la ley de la responsabilidad extracontractual determinará si se puede transmitir el crédito o no.

Estados como Finlandia, Holanda o Alemania permiten la cesión y acumulación de las acciones de daños y perjuicios por ilícitos Antitrust a una sola entidad creada a estos efectos<sup>863</sup>. Como hemos visto en Europa operan varias empresas que siguen precisamente este modelo de negocio. A diferencia del otro gran bloque de acciones por ilícitos Antitrust que se han planteado en el Reino Unido, estas entidades han optado por las jurisdicciones que permitan esta cesión<sup>864</sup>.

---

<sup>862</sup> I. BACH, “Art 15 Rome II” en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 16,

<sup>863</sup> BGH, 7 abril 2009, *Zementkartell*, AZ KZR 42/08.

<sup>864</sup> OHG, Austria, 14 febrero 2012, *Aufzüge*, 5 Ob 39/11p. Corte de distrito de Helsinki, 4 julio 2013. Resumen en inglés disponible en [http://www.carteldamageclaims.com/Presse/130717%20Press%20release%20judgment%20Helsinki%20District%20Court\\_HP%20Cartel\\_04%20July%202013.pdf](http://www.carteldamageclaims.com/Presse/130717%20Press%20release%20judgment%20Helsinki%20District%20Court_HP%20Cartel_04%20July%202013.pdf) <http://www.carteldamageclaims.com/Hydrogen%20Peroxide.shtml>. Corte de distrito de la Haya, C 09/414499/HAZA 12-293.

**296. Personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente:** La ley de la responsabilidad extracontractual fijará las personas que puedan tener derecho a la reparación<sup>865</sup>. En las reclamaciones por ilícitos Antitrust esto afectará en particular a la defensa *passing on*. Por ello, la ley aplicable también deberá regular si el comprador directo que ha traspasado su daño al siguiente eslabón de la cadena tendrá derecho a exigir indemnización alguna.

**297. Responsabilidad por actos de terceros:** Esta materia es especialmente relevante en la aplicación privada del Derecho Antitrust, ya que servirá para determinar la responsabilidad de las matrices por los actos de sus filiales autorizar o no el levantamiento del velo y exigir la indemnización a la matriz implicada en los actos de sus filiales. No obstante, en principio, la responsabilidad deberá seguir la misma línea que fije el Derecho Antitrust a la hora de determinar la responsabilidad de una entidad u otra.

**298. Extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad:** Este último apartado también puede ejercer una gran influencia sobre la estrategia procesal de una víctima o un grupo de perjudicados a la hora de decidir el tribunal y el derecho aplicable ya que las acciones por ilícitos Antitrust se suelen plantear con mucho retraso, por lo que la prescripción puede ser esencial y puede que una acción se pueda plantear en un Estado sin mayores dificultades mientras que en otro no tendría ninguna posibilidad. La prescripción y caducidad no se encuentran reguladas de forma uniforme en Europa salvo en contadas excepciones. Además en algunos ordenamientos forman parte del derecho procesal más que del material, por lo que incluso podrían estar reguladas por la *lex fori* mientras que en otros será una cuestión meramente material.

---

<sup>865</sup> I. BACH, “Art. 15 Rome II” en P. HUBER, Rome II Regulation, Munich, Sellier 2011, apdo. 19.

La referencia a esta materia en el art. 15 R. Roma II pone punto final al debate al optar por considerar que deben de estar regulados por la ley de responsabilidad extracontractual, esto es, por la ley material a aplicar al fondo del asunto<sup>866</sup>.

**299. Normas nacionales “Open Gate”:** De acuerdo con ROTH el art. 6.3 R. Roma II también se refiere a las normas de Competencia nacionales. Las normas de mercado aplicables a la conducta del demandado serán las del país cuyo mercado se vea afectado por lo que sólo se tendrán en cuenta las normas de competencia de dicho Estado<sup>867</sup>. No obstante, el art. 6.3 junto con el art. 15 del R. Roma II no parecen permitir esta interpretación. El art. 6.3 R. Roma II tiene por objeto determinar la ley aplicable a la obligación extracontractual derivada de una infracción del Derecho de la Competencia, mientras que la infracción en sí debe considerarse una cuestión separada. Aunque el art. 15 establezca que la *lex causae* también determina la base de la responsabilidad, hay que diferenciar entre establecer que una infracción del Derecho de la Competencia genera responsabilidad y otras las circunstancias en las que se daría dicha infracción. La primera cuestión pertenece al ámbito del Derecho Privado, Kartelldeliktsrecht y la segunda al Derecho público, Verbotsnormen<sup>868</sup>.

**300. Orden público del foro:** El R. Roma II establece que *sólo se podrá excluir la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*. En relación a las demandas por daños y perjuicios surge la pregunta si esta norma servirá para excluir leyes que prevean daños punitivos. Por daños punitivos se entiende una cantidad pecuniaria que impone el tribunal al responsable del daño como sanción y con la finalidad de disuadir al responsable y a otros posibles infractores de que realicen las

---

<sup>866</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 679. I. BACH “Art. 15 Rome II”, en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 24.

<sup>867</sup> W.H. ROTH, “Internationales Kartelldeliktsrecht in der Rom II- Verordnung” en D. BAETGE, J. VON HEIN, M. VON HINDEN (Coords.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck 2008, p. 635.

<sup>868</sup> S. FRANCO Y W. WURMNEST, “International Antitrust Claims under the Rome II Regulation” en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 112-114.

conductas que han provocado los daños realmente sufridos<sup>869</sup>. Esta cantidad es independiente de la compensación a pagar por los daños provocados y posibles intereses de demora o similares.

En Europa este tipo de medidas se aplican en los países del ámbito anglosajón y en Estados Unidos encuentra su parangón en los temidos *treble damages*, esto es, daños triples. La normativa Antitrust norteamericana aplica los daños triples a aquellos que infrinjan las normas y provoquen daños a terceros o consumidores<sup>870</sup>. De esta forma el montante a pagar por el infractor equivaldría al triple del daño sufrido por el demandante.

**301.** En cualquier caso, el considerando 32 R. Roma II se refiere a estos daños y establece que *“Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en las leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”*.

Así, habrá que diferenciar de Estado en Estado. Respecto a España, la mayoría de la doctrina considera que no se podría alegar esta excepción en España de forma tajante. Habrá que analizar las circunstancias del caso, la ley del foro y la proporcionalidad de

---

<sup>869</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011. pp. 676-677. E. RODRIGUEZ PINEAU, “Ley Aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, en *AEDIPr* 2007 vol. VII, pp. 447-463, p.462.

<sup>870</sup> P. SALVADOR CORDECH, “Punitive Damages” en *Indret*, septiembre 2001; C. VAQUERO LOPEZ, “Sobre la Posibilidad de reconocimiento en España de Daños Punitivos como consecuencia de la infracción del Derecho de la Competencia”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.) *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011. pp. 683-691.

los daños que prevea la norma extranjera. Los tribunales también deberán realizar un “test de vinculación espacial” comprobando el nexo<sup>871</sup>.

El sistema español de responsabilidad extracontractual tiene un objetivo compensatorio pero también disuasorio y preventivo por lo que daños punitivos que no sean excesivos sino proporcionales no atentaría contra el orden público internacional español<sup>872</sup>. En el test de vinculación espacial habrá que comprobar si los hechos se encuentran directamente relacionados con España; si es así, los daños punitivos no deberían ser aplicados. Si, por el contrario, el caso estuviese más relacionado con un Estado en el que sí se aplican los daños punitivos estos podrían aplicarse al asunto tratado en España.

Por otro lado, parte de la doctrina considera que este tipo de daños no pueden aplicarse en España ya que el derecho delictual civil español tiene finalidad resarcitoria o reparadora y los daños punitivos podrían incluso provocar enriquecimiento injusto. Así, la labor sancionadora se limitaría al derecho administrativo y en concreto al derecho de la competencia<sup>873</sup>.

En relación al Derecho Internacional Privado es necesario diferenciar tres supuestos básicos: tribunal español que aplica derecho español, tribunal español que aplica derecho extranjero, y ejecución de una sentencia dictada en el extranjero.

Es evidente que en el primero de los casos la aplicación de daños punitivos sería contraria al sistema, a no ser que se modifique el Derecho Civil de forma correspondiente incluyendo una adaptación de las normas sobre el enriquecimiento injusto. En el segundo de los casos, y tras la realización de los test ya descritos, no cabe la negación de los daños punitivos que establece el derecho extranjero. Por último, la ejecución de la sentencia debe respetar el contenido de la misma<sup>874</sup>.

---

<sup>871</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado, el Reglamento Roma II*, Granada, Comares 2008, pp. 69-70.

<sup>872</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 677.

<sup>873</sup> C. HERRERO SUAREZ, “La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, en *RDCD* 2008, pp. 103-118, p. 113.

<sup>874</sup> C. VAQUERO LOPEZ, “Sobre la Posibilidad de reconocimiento en España de Daños Punitivos como consecuencia de la infracción del Derecho de la Competencia”, en L. VELASCO SAN PEDRO, (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 683-691.



**302.** El propio TJCE nos recuerda en Manfredi que *“en consecuencia, por una parte, de conformidad con el principio de equivalencia, si el marco de las acciones nacionales similares a las basadas en las normas comunitarias de la competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en estas últimas acciones también deben poder concederse tales indemnizaciones. No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa a los beneficiarios”*<sup>875</sup>.

## **5. Art. 6.4 y la elección de derecho**

**303.** El art. 6.4. R. Roma II excluye la elección de derecho declarando que el art. 14 no es aplicable a los supuestos recogidos por el art. 6 R. Roma II. Esta exclusión se refiere tanto a la Competencia desleal como al Derecho Antitrust tal y como se desprende de la propia sistemática de la norma. Además, el Derecho Antitrust no es dispositivo por lo que sus consecuencias tampoco lo podrán ser. Aunque las reclamaciones sean civiles y delictuales, la compensación forma parte de los intereses públicos y de la política de la Unión Europea en esta materia.

Las reclamaciones sirven para compensar los daños sufridos y para fomentar la aplicación del Derecho de la Competencia y por tanto su efectividad y el buen funcionamiento del mercado. De esta forma, la elección de derecho debe excluirse con el objeto de proteger los intereses generales y del resto de participantes en el

---

<sup>875</sup> J. RODRIGO RODRIGUEZ, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al derecho antitrust europeo”, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 678. STJCE 13 julio 2006, *Manfredi*, C 295-298/04, *Rec.*, 2006, p. 6619.

mercado<sup>876</sup>. Este mismo principio ya se aplicaba por ejemplo en el § 130.2 GWB aunque no se incluya una exclusión expresa.

Finalmente, la limitación de elección del Derecho aplicable sirve para asegurar que toda conducta siga ligada al mercado afectado protegiendo de esta forma el orden de dicho mercado<sup>877</sup>.

## **6. Conclusiones en relación al Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales**

**304.** El art. 6.3 R. Roma II debe contextualizarse dentro de la nueva política de aplicación del Derecho de la Competencia de la Unión Europea que apuesta por la aplicación privada como vía paralela a la aplicación pública controlada por las autoridades de Competencia. El art. 6.3.b R. Roma II sí es una novedad al completar la concentración procesal del art. 8.1 R. 1215/2012 con la concentración material que permite una sola ley aplicable. Esta norma es un producto del cambio de perspectiva, pero debe de ser analizada con gran precaución debido a que algunas preguntas siguen abiertas o a que ha generado nuevas dudas que antes no existían:

En la actualidad no está claro si la conexión se refiere a cualquier sistema jurídico o sólo al de los Estados miembros.

El art. 6.3.b R. Roma II parece diseñado exclusivamente para acciones contra cárteles, mientras que las acciones por abuso de posición dominante tendrán más dificultades puesto que puede que a nivel nacional los requisitos exigidos sean diferentes<sup>878</sup>.

---

<sup>876</sup> P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung“, en *RIW* 2008, pp. 177-193, p. 192.

<sup>877</sup> A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado, el Reglamento Roma II*, Granada, Comares 2008, p.94.

<sup>878</sup> M. ILLMER, “Art 6 Rome II”, en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, Sellier 2011, apdo. 117.

En aras de mantener la coherencia entre el R. Roma I y el R. Roma II, parece necesario adaptar el art. 16 R. Roma II para que permita al juez aplicar normas extranjeras de competencia como normas imperativas y no sólo las del foro.

Como ya hemos mencionado, la doctrina de los efectos plantea una serie de dificultades de aplicación en cuanto a la localización del daño. Este problema se suscita en especial en un contexto transnacional, cuando la conducta tenga efectos en más de un mercado de varios Estados miembros. Además de las dificultades de localización, el tribunal competente podría verse obligado a aplicar las normas de varios sistemas si el demandante no opta por un solo derecho. La libertad del demandante puede también generar problemas. En ocasiones el demandante no será el perjudicado e, incluso, podrían darse situaciones de *forum shopping* no deseadas<sup>879</sup>.

---

<sup>879</sup> D. ASHTON, C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law”, en *ZweR* 2006, pp. 1-26.

## VI. Las acciones colectivas

### 1. Cuestiones preliminares

**305.** Los ilícitos Antitrust también pueden generar daños individuales reducidos y de carácter masivo cuando afectan a un mercado de gran alcance o a diferentes escalas de la cadena de producción y consumo industrial. El aumento ilícito de precios se reparte en muchas ocasiones a lo largo de la cadena hasta los consumidores finales. De hecho, los daños que puede generar una conducta ilícita, como puede ser el abuso de posición dominante de una empresa operadora de telecomunicaciones o un cártel que abarque productos de consumo masivo, no sólo se caracterizan por afectar a un gran número de perjudicados sino también por su reducido importe individual<sup>880</sup>. En efecto, posibles acciones individuales por cuantías reducidas pueden resultar inviables, precisamente por el coste que implica el procedimiento en relación al importe reclamado. La tutela judicial colectiva busca solventar este desequilibrio entre las partes, *industrializando* aquellos litigios basados en unos mismos hechos o patrones<sup>881</sup>.

**306.** El pasado 11 de junio de 2013, la Comisión Europea presentó una recomendación sobre las acciones colectivas. Este documento invita a los Estados miembros a adoptar mecanismos de protección colectiva que permitan la compensación de los daños que puedan sufrir ciudadanos de la Unión Europea en ámbitos del Derecho Comunitario, como el Derecho de Consumo, Derecho Antitrust, Medio Ambiente y Servicios Financieros<sup>882</sup>.

---

<sup>880</sup>P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, L. CIARI; M. TOGNONI, C. VITAL, *Collective Redress in Antitrust, Study requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs*, p. 52. Consultado por última vez 14.04.2014: <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=74351>.

<sup>881</sup>Véase al respecto: L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009.

<sup>882</sup>Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, (2013/396/UE), DOUE 26.7.2013 y

La Recomendación que completa la Directiva 2014/104 de Daños no supone el primer intento de Bruselas de regular las acciones colectivas. En el año 2009, las Direcciones Generales de Competencia y de Sanidad/Consumo redactaron una propuesta de directiva para acciones colectivas por ilícitos Antitrust que se retiró incluso antes de ser publicada como propuesta<sup>883</sup>.

307. Si bien, los mecanismos de tutela colectivos son una realidad en Europa su historia es reciente, además de marcada por el desconcierto y la desconfianza<sup>884</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la actual economía de masas, una economía procesal eficiente y por último la prevención eficaz de conductas ilícitas requieren el acceso a la justicia real para casos que afecten a gran cantidad de personas<sup>885</sup>. Conscientes de esta necesidad, diversos países de la Unión Europea, y con independencia de las medidas que propone la Comisión, han ido adoptando y experimentando distintos modelos en las últimas décadas. Por ello, es justo concluir que las acciones colectivas ya son una realidad en Europa aunque la experiencia en la práctica siga siendo escasa<sup>886</sup>.

La tortuosa experiencia legislativa marcada por la retirada de la propuesta de directiva y el propio texto de la nueva recomendación muestran el recelo suscitado ante una tutela judicial colectiva.<sup>887</sup>

El prototipo de este tipo de procesos es la *Class Action* de los Estados Unidos de América, aunque en Europa se hayan desarrollado diversos modelos que distan del

---

Comunicación de la Comisión “Towards a common framework for collective redress” de 11.6.2013 COM (2013) 401.

<sup>883</sup> M. STÜRNER, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme“, en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), *Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 111.

<sup>884</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p. 36.

<sup>885</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p. 36.

<sup>886</sup> Véase al respecto: P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, L. CIARI, M. TOGNONI, C. VITAL, *Collective Redress in Antitrust, Study requested by the European Parliament’s Committee on Economic and Monetary Affairs*, p. 52. Consultado por última vez 14.04.2014:

[http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=7435\\_1](http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=7435_1).

<sup>887</sup> H. KOCH, “Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. Amerikanische “Class action”: Die gebändigte Sammelklage in Europa?“ en *WUW* 2013, pp. 1059-1071, p. 1060.

original americano<sup>888</sup>. Ahora bien, a pesar de los recelos, es necesario resaltar que los tribunales europeos, incluso los constitucionales, ya han tenido ocasión de tratar las *Class Actions* norteamericanas analizando si esta figura es conforme a la cultura legal europea<sup>889</sup>.

**308.** Por acción colectiva se entiende el acceso al proceso de pretensiones que afectan a una colectividad de personas<sup>890</sup>. Así, la Recomendación de la Comisión define «recurso colectivo» como un: i) *mecanismo jurídico que garantiza la posibilidad de solicitar la cesación de un comportamiento ilegal, de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas o por una entidad capacitada para entablar una acción de representación (recurso colectivo de cesación)*, ii) *mecanismo jurídico que garantiza la posibilidad de reclamar una indemnización de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas que afirmen haber sido perjudicadas en caso de daños masivos o por una entidad capacitada para entablar una acción de representación (recurso colectivo de indemnización)*<sup>891</sup>.

**309.** Dentro de la Unión Europea se conocen en estos momentos diversos modelos, entre los que destacan los siguientes:

- 1. Acciones de grupo:** Estados miembros como Portugal<sup>892</sup>, Suecia<sup>893</sup>, España<sup>894</sup> y Gran Bretaña, y Francia con la *Loi Hamon*<sup>895</sup> permiten las acciones colectivas<sup>896</sup>. Se debe distinguir entre el sistema *opt in* o de adhesión a la demanda que permite unirse al procedimiento y vincula a aquellas personas

---

<sup>888</sup> H. KOCH, “Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. Amerikanische “Class action”: Die gebändigte Sammelklage in Europa?” en *WUW* 2013, pp. 1059-1071, p. 1060.

<sup>889</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p.38 y ss.

<sup>890</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p. 17.

<sup>891</sup> Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, (2013/396/UE), DOUE 26.7.2013.

<sup>892</sup> Lei, núm. 83/85, 31.8.1995, Direito de participacao procedimental e de accao popular.

<sup>893</sup> Lag (2002:599) om gruppättegång o Ley sobre el procedimiento para acciones de grupo

<sup>894</sup> Art. 11 LEC, Ley 1/2000 de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil.

<sup>895</sup> Loi 2014/ 344Hamon de 17 de marzo de 2014.

<sup>896</sup> Sobre las distintas variedades dentro de las acciones de grupo, vid. L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p. 40.

que se hayan adherido a la misma, y el sistema *opt out* según el cual la sentencia es vinculante para todo el grupo y por el que la persona que no desee vincularse deberá solicitar la desvinculación. En el Reino Unido, por ejemplo, se está trabajando en estos momentos en transformar el sistema *opt in* actual al *opt out*, mientras que algunos países disponen de sistemas mixtos<sup>897</sup>. Por el contrario, la recomendación de la Comisión Europea de 11 de junio de 2013 propone un sistema *opt in*, que tiene entre otras ventajas la posibilidad de limitar el alcance económico del litigio y evitar posibles abusos por parte de demandantes líderes que aprovechen cualquier situación para iniciar un pleito en nombre del grupo completo de posibles afectados tal y como puede suceder en los Estados Unidos de América.

**2. Acciones de asociaciones o *Verbandsklagen*:** Son acciones de cesación que permiten bloquear la competencia desleal o anular cláusulas abusivas en la contratación. Este sistema se sigue en Estados como Alemania<sup>898</sup>, Austria<sup>899</sup>, Suiza y Grecia<sup>900</sup>.

**3. Procedimientos modelo o *Musterverfahren*:** estos procedimientos permiten realizar un primer proceso que se refiera a todas las cuestiones comunes a

---

<sup>897</sup> Véase al respecto: P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, L. CIARI, M. TOGNONI, C. VITAL, *Collective Redress in Antitrust, Study requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs*, p. 52. Consultado por última vez 14.04.2014: <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=7435>

<sup>898</sup> § 34 a Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen GWB, § 10 UWG, Unlauterer Wettbewerbsgesetz § 44.2 Telekommunikationsgesetz; Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen. L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p. 41; H. KOCH, "Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. Amerikanische "Class action": Die gebändigte Sammelklage in Europa?" en *WUW* 2013, pp. 1059-1071. p. 1065

<sup>899</sup> Véase al respecto: P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, L. CIARI, M. TOGNONI, C. VITAL, *Collective Redress in Antitrust, Study requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs*, p. 52. Consultado por última vez 14.04.2014: <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=7435>

<sup>900</sup> Ley 3587/2007 que modifica la Ley 2251/1994. L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, 2009, p. 45.

todos los afectados. La sentencia es vinculante al limitar hechos nuevos o limitar la alegación de indefensión<sup>901</sup>.

Todos los sistemas descritos se basan en daños masivos. El daño masivo es una *situación en la que dos o más personas físicas o jurídicas afirman haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una pérdida causada por una misma actividad ilegal de una o varias personas físicas o jurídicas*<sup>902</sup>.

**310.** La aproximación a las acciones colectivas para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por un ilícito Antitrust de alcance internacional puede resultar compleja, ya que afecta a diversos ámbitos del Derecho Comunitario como son el Derecho Internacional Privado de origen comunitario, el Derecho de la Competencia y por supuesto el Derecho de los Consumidores<sup>903</sup>. A mayor abundamiento, las turbulentas reacciones que provocan las acciones colectivas se pueden observar incluso en su país de origen, los Estados Unidos de América, donde la doctrina recurre a figuras literarias como *Frankenstein*<sup>904</sup> o *Dr. Jekyll y Mr. Hyde* para describirlas<sup>905</sup>.

Las acciones colectivas se pueden referir a diversos mecanismos procesales para consolidar reclamaciones masivas contra un grupo limitado de entidades o una sola entidad. Estos instrumentos pueden ser, por una parte, acciones representativas que son presentadas por una persona física o jurídica en nombre de dos o más individuos que no son parte del procedimiento y que buscan obtener una cesación o una compensación por

---

<sup>901</sup> Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, Ley para la introducción de un procedimiento especial para la protección de inversores de capital de 16 de agosto de 2005. L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p. 47.

<sup>902</sup> Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, (2013/396/UE), DOUE 26.7.2013.

<sup>903</sup> D.P. L. TZAKAS, "International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 161.

<sup>904</sup> A. MILLER, "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights, Myths, Reality and the Class Action Problem", en *HLR* 1979, p. 664.

<sup>905</sup> D.P. L. TZAKAS, "International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 161; A.G. MACKAY, "Appealability of Class Certification orders under Federal Rule of Civil Procedure 23 (F): Toward a Principled Approach", en *NWLR* 2002, p. 755.



daños sufridos por estos últimos. Por otra parte, se caracterizan por consolidar multitud de acciones de personas o empresas en una sola demanda<sup>906</sup>.

**311.** Las sentencias *Courage* y *Manfredi* nos recuerdan que la efectividad del art. 101 TFUE, y en particular la prohibición, exigen que *cualquier* individuo o particular pueda reclamar daños y perjuicios causados por un contrato o conducta ilícita que restrinja la competencia. Esto, por supuesto, incluye consumidores y particulares, así como daños de poca relevancia económica individual.

**312.** En este sentido resulta evidente que los consumidores, a día de hoy, rara vez inician acciones a título individual ante los Tribunales nacionales por los daños y perjuicios provocados por una infracción del Derecho Antitrust<sup>907</sup>. Esto se debe a que el importe individual que pueden reclamar es demasiado pequeño en relación con el esfuerzo temporal y económico que supone la acción judicial. De hecho, el propio art. 4.3. del TEU impone la obligación a los tribunales nacionales de permitir que grupos de consumidores u otro tipo de personas puedan unirse para demandar de acuerdo con los principios establecidos en *Courage*<sup>908</sup>. La sentencia *Océano* también sugiere una obligación especial de los tribunales nacionales para garantizar que los ciudadanos tengan reconocidos derechos en virtud del Derecho Comunitario que de otra forma no podrían ejercer<sup>909</sup>. No obstante, estas conclusiones no parecen suficientes como para servir de base de una ulterior legislación comunitaria, ya que este ámbito está neutralizado por la autonomía legislativa de los Estados miembros<sup>910</sup>.

---

<sup>906</sup> D.P. L. TZAKAS, “International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 161, apdo. 57 del Staff Working paper Accompanying the White Paper.

<sup>907</sup> En España y a pesar de disponer del art. 11 LEC tan sólo se conoce un caso hasta la fecha: AP Madrid, 30 septiembre 2013, *Telefónica/Ausbanc*, 158/2013.

<sup>908</sup> D.P. L. TZAKAS, “International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 163. J. TEMPLE LANG, “European Community Competition Policy: How far Does it benefit consumers?” en *BLC* 2004, consultado por última vez el 14.04.2014 en [http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_18\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_18_3.pdf).

<sup>909</sup> STJCE 27 junio 2000, *Océano*, C 240/98 a C 244/98, *Rec.* 2000, p. 4941 y STJCE 24 enero 2002, *República de Italia*, C 372/99 2002, *Rec.* 2002, p. 819, apdos. 14-16.

<sup>910</sup> D.P. L. TZAKAS, “International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 163. A. RENDA, *Making Antitrust Damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, informe final presentado ante la Comisión Europea el 21 de Diciembre de 2007. Consultado el 2 mayo 2014 por última vez en:

**313.** El debate en Europa continúa abierto. Recientes estudios del Parlamento Europeo, y en particular la Recomendación arriba indicada, están tratando de encontrar un camino común. Una descripción detallada y el análisis de los distintos sistemas escapan al ámbito de este trabajo. En nuestro caso, analizaremos las acciones colectivas internacionales que podrían plantearse por un ilícito Antitrust que afecte a varios mercados, y en particular su viabilidad desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Sirva como ejemplo el siguiente supuesto:

Un grupo de consumidores liderados por una asociación de consumidores y un grupo de pymes de España estudian acciones legales contra los miembros de un cártel que se encuentran domiciliados en varios Estados, entre otros, Francia. ¿Dónde y cómo podrían plantear su demanda? ¿Las acciones de un grupo concreto en un Estado pueden estar abiertas a perjudicados de otros países? ¿Donde ha tenido lugar el daño?

Todas estas preguntas suscitan la necesidad de analizar si la consolidación de intereses comunes es posible ante un solo tribunal y si éste debe de tener competencia judicial internacional para todos los casos y que ley aplicará al fondo del asunto.

## **2. Competencia judicial internacional**

### **A) Ámbito de aplicación del R. 1215/2012**

**314.** La competencia judicial internacional de las acciones colectivas, a falta de una norma específica, se rige por lo establecido en el R. 1215/2012. En este sentido, juegan un papel esencial el domicilio del demandado, el lugar de cumplimiento del contrato, o el lugar del hecho dañoso, así como los arts. 8, 17-19 R. 1215/2012 en el caso de los consumidores<sup>911</sup>.

Este Reglamento se aplica a cuestiones civiles o mercantiles, por lo que puede que queden fuera de su ámbito de aplicación las demandas de asociaciones u organismos

---

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files\\_white\\_paper/impact\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf)

<sup>911</sup> Arts. 8 y 17 R. 1215/2012.

estatales con carácter público o mixto, en nombre de un grupo de perjudicados como pueden ser las acciones que entable la *Office of Fair Trading* (OFT) británica o un *Ombudsman* en los países escandinavos<sup>912</sup>. El TJUE ha aclarado que no se trata de la posición de las partes, sino de los aspectos materiales o carácter de la acción que deberán ser civil o mercantil<sup>913</sup>. Las acciones que puedan plantear asociaciones privadas no plantean en principio ninguna dificultad<sup>914</sup>. También se consideran del ámbito civil las acciones que busquen la devolución del lucro indebido que se pueden plantear en Estados como Alemania, por las que la Autoridad de Defensa de la Competencia o asociaciones que exijan la devolución del lucro indebido generado por la conducta ilícita al Estado. Estos casos se podrán regir por lo establecido en el R. 1215/2012<sup>915</sup>.

## **B) El foro general del domicilio del demandado**

**315.** Las acciones colectivas, al igual que el resto de demandas, se deben regir por el principio *actor sequitur forum rei*, por lo que podrán plantearse en conjunto en el foro del domicilio del demandado. Esto exige que el Estado Miembro del foro tenga implementado un mecanismo de tutela colectiva y que el grupo disponga de la legitimación activa necesaria.

Así, diversos ordenamientos sólo permiten las acciones colectivas dirigidas por asociaciones nacionales o registradas en registros nacionales por lo que puede que no se permitan acciones de asociaciones extranjeras<sup>916</sup>.

---

<sup>912</sup> M. STÜRNER, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme“, en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), *Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 111.

<sup>913</sup> STJCE, 14 Octubre 1976, *LTU*, C 29/76, *Rec.* 1976, p. 1541, apdos. 3 y 5. STJCE, 18 Octubre 2011, *Realchemie*, C-406/09, *Rec.* p. 09773, apdo. 41.

<sup>914</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p. 101.

<sup>915</sup> M. STÜRNER, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme“, en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), *Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 112.

<sup>916</sup> M. STÜRNER, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme“, en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), *Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 111.

Este problema se plantea en menor medida en los sistemas *opt in*, puesto que un perjudicado extranjero se puede unir a la acción sin mayores dificultades. Ahora bien los sistemas *opt out* -como es el caso portugués o el danés, en ciertos supuestos- pueden generar dificultades relevantes ya que en estos sistemas el grupo de demandantes se define de forma objetiva, sin diferenciar por su origen o domicilio, por lo que incluiría a demandantes que puedan residir en el extranjero. Por ello, también los residentes en el extranjero deberán ser informados sobre sus derechos procesales y de participación en la acción. Si el tribunal constatase que la notificación o información en el extranjero es sumamente compleja, podrían limitar la acción a los residentes en el Estado del foro. Esto no implica que los demandantes excluidos de la acción colectiva puedan iniciar acciones legales individuales en el foro del demandado. De esta forma, el procedimiento colectivo quedaría desvirtuado además de no permitir la paz jurídica<sup>917</sup>.

### **C) Foros especiales**

**316.** Al igual que las acciones individuales, las acciones colectivas derivadas de ilícitos Antitrust podrían regirse por los arts. 7 y 17 R.1215/2012, en caso de tratarse de una demanda de consumidores, y por el art. 8.1 R. 1215/2012. Ahora bien, estos preceptos se han creado y definido como reglas de competencia en procedimientos de dos o pocas partes dentro de la tradición Europea.

### **D) El lugar del hecho dañoso**

**317.** En este sentido se debe plantear si todos los miembros del grupo podrían optar al foro del lugar del hecho dañoso que ha perjudicado a otros miembros. ¿Un comprador en Portugal puede servir para justificar la competencia judicial portuguesa, y atraer las acciones de otros compradores contra el mismo cártel pero que hayan realizado la compra en otros Estados Miembros?

---

<sup>917</sup> M. STÜRNER, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme“, en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 114.

Algunos ordenamientos han previsto que el sistema *opt in* se aplique sólo para aquellos demandantes a los que también les corresponda la competencia judicial internacional del foro ante el que se plantea la acción colectiva. De esta forma, los perjudicados que hubiesen sufrido el daño en un lugar distinto al del foro no podrían participar en la acción colectiva. El R. 1215/2012 parte de esta misma premisa y exige que los requisitos del art. 7.2 R. 1215/2012 sean cumplidos por todos los que quieran someterse a este foro<sup>918</sup>.

**318.** En cualquier caso, el tribunal que conozca de la acción debería disponer de la competencia sobre todas las acciones de todos los miembros de la clase. El art. 7.2 R. 1215/2012 podría generar jurisdicciones paralelas para cada lugar en el que haya ocurrido el daño, tal y como se desprende de la jurisprudencia *Shevill*. Si la acción se refiere a demandantes que provengan de varios Estados, y con daños sufridos en cada Estado, puede que el art. 7.2 R. 1215/2012 provoque procedimientos paralelos o una división en varios países<sup>919</sup>.

En resumen, el art. 7.2 R. 1215/2012 aplicado a las acciones colectivas transnacionales no resulta especialmente practicable, cuando la distribución del daño afecte a distintas jurisdicciones<sup>920</sup>. Aquellos sistemas que sólo permitan la competencia judicial en el domicilio del demandado, como es el caso italiano, también limitan las opciones que ofrece el R. 1215/2012 robándole su efectividad.

---

<sup>918</sup> Esto no es óbice para que sí puedan acudir al foro de la acción en virtud del art. 8.1 al tratarse de acciones conexas. M. STÜRNER, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme“, en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), *Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 115.

<sup>919</sup> M. STÜRNER, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme“, en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), *Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 115.

<sup>920</sup> P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, L. CIARI, M. TOGNONI, C. VITAL, *Collective Redress in Antitrust, Study requested by the European Parliament’s Committee on Economic and Monetary Affairs*, p. 52. Consultado por última vez 07.08.2012: <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=74351>.

## **E) Acciones colectivas de consumidores**

**319.** Respecto al art. 17 R. 1215/2012 que permite el foro en el domicilio de los consumidores, se debe indicar que en este supuesto el foro coincidirá con el mercado afectado, lo que facilitaría la coherencia con el art. 6.3 del R. Roma II. No obstante, en este caso estaríamos ante una relación contractual por lo que el derecho aplicable debería fijarse según el R. Roma I y su norma relativa a los contratos con consumidores en el sentido del R. 1215/2012.

Por otra parte, el art. 17 R. 1215/2012 sólo resultaría aplicable a las acciones colectivas planteadas por los propios consumidores directamente ya que las planteadas por asociaciones de consumidores no podrán acogerse a esta norma por no ser consideradas "consumidores" en el sentido del Reglamento<sup>921</sup>.

**320.** Cuando se trata de acciones presentadas en representación de un grupo de consumidores habrá que distinguir entre acciones dirigidas contra una conducta ilícita y entre las posibles reclamaciones por daños y perjuicios y acciones presentadas por una entidad de representación colectiva en nombre de un grupo de consumidores identificados o identificables que busque la compensación de los daños sufridos por estos consumidores<sup>922</sup>.

**321.** En el asunto *Henkel*, la asociación de consumidores demandante buscaba condenar al demandado a dejar de usar cláusulas de carácter abusivo en sus contratos con consumidores. El TJCE consideró que la asociación no forma parte del contrato, por lo que el art. 15 del R. 44/2001 no puede ser aplicado a este tipo de demandas<sup>923</sup>. El *Libro verde sobre las acciones colectivas de consumidores* confirma este principio en relación a las acciones presentadas en nombre de una clase de consumidores<sup>924</sup>.

---

<sup>921</sup> STJCE, 1 octubre 2002, *Henkel*, C-167/00, *Rec.* 2002, p. 8111, apdo. 32-33. STJCE, 19 enero 1993, *Shearson Lehmann*, C 89/91, *Rec.* 1993, p. 139, apdo. 20-24.

<sup>922</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 58.

<sup>923</sup> STJCE, 1 octubre 2002, *Henkel*, C-167/00, *Rec.* 2002, p. 8111, apdo. 33.

<sup>924</sup> Libro Verde sobre acciones colectivas de consumidores, COM (2008) 794 final, p. 58.

A este respecto, DANOV considera que las acciones presentadas en nombre de un grupo de consumidores identificados o identificables sí deberían poder acogerse a lo establecido en el cuarto capítulo del R. 1215/2012. Según este autor, la cuestión de quién es la parte en el procedimiento no es lo que determina la aplicabilidad de los arts. 17 y 18 R.1215/2012, ya que el hecho de que algunas normas nacionales consideren a los representantes de los consumidores como partes del litigio en casos en los que el daño se haya causado a consumidores no afecta a la jurisdicción de un tribunal sobre una disputa basada en derechos de un grupo de consumidores identificado o identificables<sup>925</sup>. Se debe diferenciar entre los derechos procesales de la entidad de representación y la determinación de la jurisdicción para tratar una disputa relacionada con los derechos de un grupo de consumidores identificados o identificables<sup>926</sup>.

**322.** La Recomendación de la Comisión Europea arriba mencionada propone que sean entidades registradas las que puedan plantear las acciones colectivas.<sup>927</sup> El poder de las mismas es distinto al de un solo consumidor, no obstante en este tipo de casos, costes reducidos en gran cantidad de casos, sí se debe de considerar la ampliación del foro del domicilio del consumidor a las acciones colectivas que presenten las entidades debidamente registradas. Este foro coincidirá con el mercado afectado y reduciendo así la complejidad del procedimiento colectivo.

### **3. Conexidad y acciones colectivas**

#### **a) Aplicación general**

---

<sup>925</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 59.

<sup>926</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford Hart Publishing 2011, p. 59.

<sup>927</sup> Punto III.4 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, (2013/396/UE), DOUE 26.7.2013.

**323.** Como hemos indicado la conexidad permite ampliar el número de demandados, y no el de demandantes. Por tanto, la conexidad sí puede servir a un grupo que inicia una acción colectiva contra una empresa miembro de un cártel para atraer al resto de empresas cartelistas al foro del domicilio de la primera demandada pero no para agrupar a otros posibles demandantes de otros Estados miembros. El art.8.1 R. 1215/2012 ha sido aplicado a procedimientos transaccionales colectivos en los Países Bajos<sup>928</sup>. Así, los tribunales de Ámsterdam se han declarado competentes en virtud de esta norma para declarar que el acuerdo alcanzado entre *Shell* y un grupo de perjudicados era vinculante para todo el grupo. El tribunal se basa en un sistema de transacción colectiva voluntario al que se someten las partes interesadas. Según esta jurisprudencia, la empresa que ha podido causar el perjuicio no tiene porqué ser demandada en el sentido estricto ya que puede ocurrir que ella misma haya decidido comenzar el procedimiento transaccional colectivo. Además, la norma holandesa se refiere en todo momento a *partes interesadas* y no a *demandantes* y *demandados*, por lo que la aplicación del art. 8.1 R. 1215/2012 podría suponer una ampliación excesiva del *forum conexitatis* contraria a los principios básicos del R. 1215/2012<sup>929</sup>. Esta interpretación podría llevar a que los tribunales holandeses se consideren competentes incluso cuando un sólo perjudicado tenga su domicilio en Holanda y la empresa interesada en el procedimiento inicie los trámites necesarios<sup>930</sup>.

## **b) Conexidad y el foro especial del contrato con consumidores**

**324.** Tal y como se ha indicado, la sección R. 1215/2012 nada dice respecto a las acciones contra varios demandados. Además, los arts. 17 y 18 tienen carácter exhaustivo. De la sistemática del Reglamento que incluye el art. 8 en la sección 2 y las

---

<sup>928</sup> H. VAN LITH, *The Dutch collective settlements act and private international law*, Rotterdam, Erasmus University Rotterdam 2010, p. 41.

<sup>929</sup> H. VAN LITH, *The Dutch collective settlements act and private international law*, Rotterdam, Erasmus University Rotterdam 2010, p. 41.

<sup>930</sup> M. STÜRNER, "Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme", en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), *Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven*, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 115.



normas específicas sobre consumidores en la sección 4 también se desprende que las normas de conexidad no se pueden hacer extensivas a las a las normas de competencia judicial internacional en materia de contratos con consumidores.

Por otra parte, aunque la sentencia *Glaxosmithkline*, se refiera a contratos de trabajo, el art. 8 R. 1215/2012 se puede aplicar por analogía puesto que la sistemática de las normas relativas a los contratos de trabajo es similar a la de los contratos con consumidores<sup>931</sup>. Ambos colectivos merecen una protección especial y una regulación específica. En esta sentencia el TJCE ha establecido que *es preciso señalar que la interpretación literal de la sección 5 del capítulo II del Reglamento lleva a considerar que dicha sección excluye totalmente la aplicación del art. 6.1, del Reglamento*<sup>932</sup>. Por tanto las normas de conexidad no se pueden hacer extensivas a las normas que regulan los contratos con consumidores.

En efecto, y a pesar de que el R. 1215/2012 reconozca como necesaria la protección de los consumidores por ser la parte más débil,<sup>933</sup> este conjunto normativo no resulta especialmente apropiado para centralizar demandas de consumidores ni demandas colectivas de consumidores iniciadas en distintos Estados miembros<sup>934</sup>.

De acuerdo con la situación actual, el riesgo de procedimientos paralelos es relativamente alto ya que los grupos de consumidores que se basen en el art. 17 R. 1215/2012 deberían iniciar acciones legales paralelas contra las distintas demandadas. A su vez, esto empeora la posición de la primera demandada que en otro tipo de acciones sí podría arrastrar al resto de posibles demandadas al litigio.

---

<sup>931</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 60.

<sup>932</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 60. STJCE, 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline*, C 462/06, Rec. 2008, p. 03965, apdo. 23.

<sup>933</sup> Considerando 13 del R. 44/2001: *En cuanto a los contratos celebrados por los consumidores o de trabajo, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales.*

<sup>934</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 61.

#### 4. Acciones colectivas y litispendencia

**325.** El art. 29 R. 1215/2012 no resulta de gran ayuda, puesto que exige la identidad de partes algo prácticamente imposible en demandas colectivas. A su vez, el art. 30 R. 1215/2012 para demandas conexas tampoco soluciona la situación puesto que no existe una norma que garantice que las acciones colectivas se traten ante el foro apropiado para resolver la mayoría de las demandas de los miembros de la clase<sup>935</sup>.

Los mecanismos de recurso colectivo existentes a día de hoy son muy variados y diferentes entre los distintos Estados miembros. En este contexto, las reglas de litispendencia establecidas por el R. 1215/2012 no terminan de solucionar los problemas que se pueden plantear con estas acciones.

En algunos Estados miembros, las acciones colectivas ni siquiera existen; en otros, estas acciones se basan en el sistema de *opt in*, esto es, que aquellos que quieran unirse a la acción tendrán que declararlo dentro del plazo establecido; otros se basan en el sistema de *opt out*, según el que la acción se aplica a todos los miembros de la clase, pudiendo cada individuo solicitar su exclusión de la acción<sup>936</sup>. La simultaneidad de ambos sistemas en un contexto transnacional agrava los problemas de Derecho Internacional Privado que podrían surgir entorno a acciones colectivas paralelas.

**326.** El R. 1215/2012 no contiene ninguna norma específica que regule los procedimientos colectivos internacionales paralelos, en especial cuando en un foro con

---

<sup>935</sup> P. BUCCIROSSI, M. CARPAGNANO, L. CIARI, M. TOGNONI, C. VITALE, *Collective Redress in Antitrust, Study requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs*, p. 51. Consultado por última vez 14.04.2014:

<http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=7435>

<sup>936</sup>

Libro Blanco de Daños, 2.1.

el sistema *opt out* se tenga jurisdicción sobre miembros de la clase domiciliados en otros Estados y no hayan solicitado la expulsión del procedimiento<sup>937</sup>.

El problema nace en el propio sistema *opt out*, que prevé un anuncio o notificación en medios y/o Internet o prensa en el que se informa a los miembros de la clase sobre la posibilidad de solicitar la exclusión dentro del plazo establecido en la notificación<sup>938</sup>.

¿Puede el demandado solicitar la suspensión de la acción colectiva planteada, por ejemplo, en Inglaterra por un grupo de perjudicados que no haya solicitado la exclusión en su Estado miembro de origen? El principal problema radicaría en cómo garantizar el derecho del miembro de la clase a un juicio justo, tal y como establece el art. 6 de la Carta Europea de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta que el R. 1215/2012 se basa en el domicilio del demandado, un tribunal del domicilio del demandado podrá ser competente para conocer una acción colectiva *opt out* con miembros de clase domiciliados en distintos Estados miembros.

Pues bien, el R. 1215/2012 no contiene ningún mecanismo para garantizar una correcta notificación de los miembros de la clase. Aunque la cuestión se plantee a nivel de admisibilidad de la acción y el juez decida declararse competente y dicte sentencia, puede que se complique la ejecución de la misma en otros Estados miembros.

En este sentido, cabe preguntarse qué se considera una notificación adecuada que respete el derecho a un juicio justo incardinado en el art. 6.1 CEDH ¿Cuándo y cómo deberá llevarse a cabo esta notificación?

El R. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados Miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil debería aplicarse para decidir si la notificación es acorde con el derecho comunitario o no. Ahora bien, esta norma se

---

<sup>937</sup> M. DANOV, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 132.

<sup>938</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p.114.

refiere a partes identificables tal y como se desprende del art. 1.2 del citado Reglamento<sup>939</sup>.

Los ciudadanos de la Unión Europea hablan 23 lenguas oficiales por lo que ¿cómo debería llevarse a cabo la notificación y en qué medios?

Esta situación se podría solventar con una acción híbrida limitando la opción *opt out* a los miembros de la clase domiciliados en el Estado de origen de la demanda, y cambiando a *opt in* para los miembros de la clase que residiesen en otros Estados de la Unión Europea. Ahora bien, esta solución podría generar procedimientos paralelos dentro de la Unión Europea difícilmente compatibles con las normas de litispendencia actuales, por lo que su aplicación a procedimientos colectivos será compleja y en el caso del sistema *opt out* inviable<sup>940</sup>.

## **5. Propuestas en relación a la Competencia Judicial Internacional y la Recomendación**

**327.** La Recomendación de la Comisión<sup>941</sup> dedica dos apartados a las acciones colectivas transnacionales:

*17. Los Estados miembros deberían garantizar que, cuando un conflicto afecte a personas físicas o jurídicas de varios Estados miembros, las normas nacionales sobre la admisibilidad y capacidad legal de los grupos de demandantes extranjeros o de las entidades representantes pertenecientes a otros sistemas jurídicos nacionales, no impidan la introducción de una acción colectiva única ante una misma jurisdicción.*

---

<sup>939</sup> M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 133.

<sup>940</sup> M. DANOVA, *Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims*, Oxford, Hart Publishing 2011, p. 134.

<sup>941</sup> Recomendación de la comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, (2013/396/UE), DOUE 26 Julio 2013.

*18. Cualquier entidad representante designada previa y oficialmente por un Estado miembro para ejercer acciones de representación debería estar autorizada a actuar ante el órgano jurisdiccional nacional competente para pronunciarse en los casos de daños masivos.*

Así, la Recomendación plantea solventar los problemas de legitimación activa de asociaciones o de grupos de demandantes, aunque ignora el resto de problemas relacionados con la competencia judicial internacional<sup>942</sup>. Esta cuestión se trata someramente en la Comunicación que acompaña a la Recomendación que valora la aplicación de los Reglamentos R. 1215/2012 y Roma I y II a las acciones colectivas. En dicha Comunicación, la Comisión Europea considera que los mecanismos de competencia judicial internacional existentes deberían explotarse al máximo, y recomienda incluir las acciones colectivas en el próximo informe sobre la aplicación del R. 44/2001 y su sucesor R. 1215/2012.

Es evidente que la Comisión evita pronunciarse sobre las propuestas planteadas durante las consultas previas a la Recomendación, en las que se proponía distintas soluciones como, por ejemplo, establecer un foro especial en el lugar donde se encuentren la mayoría de las partes implicadas en el asunto, o el foro de domicilio del demandado, o incluso, crear un tribunal especial en el TJCE que decida sobre acciones colectivas transnacionales<sup>943</sup>.

## **6. Derecho aplicable a las acciones colectivas**

**328.** Aunque se consiguiese plantear la acción colectiva ante un sólo foro habrá que analizar si la misma se registrá por un solo derecho. Precisamente las dificultades que esto pueda presentar pueden erosionar el efecto racionalizador de la acción colectiva.

---

<sup>942</sup> M. OTERO CRESPO, *Las Acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?*, en Boletín CeDe UsC. Consultado por última vez el 30.04.2014 en [http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/Editorial\\_noviembre2013\\_MartaOteroCrespo\\_Acciones\\_Collectivas.pdf](http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/Editorial_noviembre2013_MartaOteroCrespo_Acciones_Collectivas.pdf)

<sup>943</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Committee and the Committee of the Regions: towards a European Horizontal Framework for Collective redress“, COM 2013 401/2, aptdo 3.7.

Las acciones basadas en obligaciones extracontractuales se regirán por lo establecido en el R. Roma II, al igual que las acciones individuales. Así, el art. 6.3 R. Roma II también resulta aplicable a acciones representativas o colectivas derivadas de ilícitos Antitrust<sup>944</sup>.

No obstante, la diversidad de normas nacionales que podrían resultar aplicables a las acciones por un grupo de perjudicados y, por otra parte, la diversidad de sistemas de representación y legitimación en las acciones representativas multiplica la inseguridad jurídica.

Aunque se pueda argumentar que la legitimación de la entidad de representación se debe regular por la ley aplicable al fondo del asunto, cabe plantearse qué condiciones deberá cumplir una asociación que quiera demandar ante un foro distinto del suyo<sup>945</sup>.

Así, normas unificadas sobre los requisitos formales y en especial sobre la legitimación activa facilitarían los litigios transfronterizos, reforzando la posición de posibles perjudicados y consumidores.

El R. Roma II no trata este asunto de forma expresa. El art. 15 a) tan sólo establece que el derecho aplicable determinará la base y alcance de la responsabilidad. ¿Ahora bien, el R. Roma II incluye entonces la legitimación activa de entidades representativas? Según el art. 15 f) la ley aplicable también incluye a las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente, por lo que la respuesta debe de ser afirmativa.

Por supuesto, la ley aplicable deberá determinar la legitimación de los individuos perjudicados dentro de los límites establecidos por *Courage* y *Manfredi* y la legitimación de entidades colectivas. Si la norma nacional establece que los perjudicados tienen derecho a reclamar los daños, esta misma ley será la que determine los requisitos de la acción y a posibles acciones representativas<sup>946</sup>.

---

<sup>944</sup> Así lo considera la Comisión Europea en su Libro Verde sobre daños por ilícitos Antitrust; A. DYCKINSON, *The Rome II Regulation: The law applicable to non contractual obligations*, Oxford, Hart Publishing 2008. F. GARCIMARTÍN-ALFÉREZ, "The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code" en *ELF* 2007, p. I-77.

<sup>945</sup> Sobre este debate véase: D.P. L. TZAKAS, "International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 173.

<sup>946</sup> D.P. L. TZAKAS, "International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 174. F. GARCIMARTÍN-ALFÉREZ, "The Rome II Regulation: On the way

Sin perjuicio de lo anterior, la opción de concentración establecida por el art. 6.3.b) R. Roma II permite optar por la ley del foro, y esto podría provocar dificultades en aquellos foros en los que la legitimación sea una cuestión procesal.

Una interpretación literal de este mecanismo podría permitir que una asociación española establecida de acuerdo con el derecho español, y que sólo represente a consumidores perjudicados españoles que hayan sufrido daños en más de un mercado, pueda iniciar una acción colectiva ante los tribunales ingleses si su mercado se viese lo suficientemente afectado acogándose al derecho inglés<sup>947</sup>.

La adopción de una norma común a todos los sistemas solventaría estos desequilibrios y eliminaría la diversidad e inseguridad existentes. Asimismo, se debería adoptar una norma por la que se reconozca a las entidades de representación autorizadas en otro Estado tal y como propone la Recomendación de la Comisión<sup>948</sup>.

#### **A) Distribución de la indemnización**

**329.** En Europa existen diversos sistemas de distribución de la indemnización obtenida en las acciones representativas que van desde el pago a los perjudicados hasta el ingreso en las arcas públicas<sup>949</sup>. Debido a esta diversidad, el *forum shopping* debería limitarse ya que una asociación podría tratar de obtener el beneficio ilícito de la empresa cartelista de acuerdo con derecho alemán sin por ejemplo tener que entregarlo a las arcas públicas alemanas.

---

towards a European Private International Law Code”, en *ELF* 2007, pp. 1-86. E. RODRIGUEZ PINEAU, “Conflict of Laws comes to rescue of Competition Law: The new Rome II Regulation”, en *JPRIL* 2009, pp. 311-319. G. WAGNER, “Die neue Rom II Verordnung”, en *IPRAX* 2008, pp. 1-15.

<sup>947</sup> D.P. L. TZAKAS, “International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 175.

<sup>948</sup> D.P. L. TZAKAS, “International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 175.

<sup>949</sup> L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009, p.35.

Para evitar tácticas de *cherry picking* es necesario garantizar la coherencia necesaria desde el momento en el que se fijan los tribunales y, luego, el derecho aplicable.<sup>950</sup> Por ello, el derecho que se aplique al procedimiento también debería determinar el derecho aplicable a la distribución de la indemnización.

Asimismo, resulta ineludible prohibir el *dépeçage* que podría permitir el art. 6.3.b del R. Roma II en relación a la distribución de los daños<sup>951</sup>. La opción del *Staff Working Paper* de la Comisión Europea -sobre las acciones de daños y perjuicios que propone usar la indemnización para compensar directamente a las personas representadas por la acción- no presenta mayores dificultades desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado<sup>952</sup>. El problema surge cuando la norma nacional permita el reparto a entidades relacionadas o cuando los fondos se puedan aplicar a propósitos relacionados.

**330.** La Comisión Europea planteaba incluso trasladar a Europa el sistema americano *cy pres*, que permite el reparto de la indemnización a fundaciones de interés público. El sistema *cy pres* se compone de diversas alternativas, tales como el ingreso en las arcas públicas para su libre disposición por éste; destinar el dinero a un proyecto concreto; establecer un fondo trust que permita financiar proyectos que sean beneficiosos para los miembros del grupo, o, por ejemplo, el sistema *rollback* por el que el juez ordena una rebaja temporal de los precios de los productos afectados<sup>953</sup>. Pero no podemos ignorar que este sistema ha sido criticado por los propios tribunales federales estadounidenses<sup>954</sup>. Finalmente la Comisión Europea no ha tratado este punto en su Recomendación por lo que estas cuestiones siguen abiertas.

Si estas cuestiones continúan sin ser reguladas de forma armonizada, quedarán a la discreción de la norma nacional. En este sentido, la acumulación conflictual que permite

---

<sup>950</sup> D.P. L. TZAKAS, "International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, 2012, Hart Publishing 2012, p. 180.

<sup>951</sup> D.P. L. TZAKAS, "International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 181.

<sup>952</sup> Apartado 47 y 56 del Staff Working Paper Accompanying the White Paper.

<sup>953</sup> D.P. L. TZAKAS, "International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 181.

<sup>954</sup> Véase al respecto: D.P. L. TZAKAS, "International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress", en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 181. N. DE JARLAIS, "The consumer Trust fund: A Cy pres solution to undistributed funds in Consumer Class Actions", en *HLJ* 1987, pp. 738-748.



el art. 6.3.b R. Roma II no debería ser aplicable a la distribución de los daños con el objeto de evitar *forum shopping*.

## **B) Reformas sobre el derecho aplicable**

**331.** Es probable que una acción colectiva derivada de un ilícito Antitrust se rija por distintos derechos, lo que obligaría al Tribunal competente a crear diversas subcategorías y añadiría complejidad al asunto.

En la Comunicación que acompaña a la Recomendación de la Comisión Europea, se reconoce explícitamente este problema. No obstante, la Comisión considera que aplicar la ley del foro o un sólo derecho podría generar inseguridad cuando la ley del fondo no sea la ley de la persona que reclama la compensación<sup>955</sup>.

Esta supuesta inseguridad se va a dar siempre que una persona o entidad se encuentre ante un conflicto transnacional y deba demandar fuera de su foro. Por ello, no puede servir para bloquear posibles modificaciones o normas especiales que faciliten las acciones colectivas derivadas de ilícitos Antitrust.

**332.** Un procedimiento de tutela colectiva sólo puede resultar efectivo y respetar la economía procesal y seguridad jurídica, pilares del poder judicial, si consigue un resultado vinculante y eficiente para todas las partes implicadas. Es cierto que crear una norma específica para las acciones colectivas no encaja dentro de la tradición del Derecho Internacional Privado, ya que determinar la ley aplicable en base al tipo de procedimiento y no al fondo del asunto no se corresponde con el esquema normativo habitual y recogido en los distintos Instrumentos Europeos. Asimismo, esto dejaría la elección en manos del demandante que es el que propone el procedimiento<sup>956</sup>.

---

<sup>955</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Committee and the Committee of the Regions: towards a European Horizontal Framework for Collective redress“, COM 2013 401/2., apdo. 3.7.

<sup>956</sup> M. STÜRNER, “Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz in der EU international-verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Probleme“, en C. BRÖMMELMEYER (Coord.), Die EU-Sammelklage – Status und Perspektiven, Baden-Baden, Nomos 2013, pp. 109-128, p. 127.

En el debate en relación a estas acciones se ha barajado optar por el derecho que tenga la vinculación más estrecha al asunto. Las ventajas que esta premisa aportarían al proceso justificarían el sacrificio del derecho del foro del demandado.

## 7. Conclusiones en relación a las acciones colectivas

**333.** La doctrina *Shevill* aplicada a las acciones colectivas podría dificultar seriamente la viabilidad de este tipo de acciones en un contexto transfronterizo. Los arts. 17-19 R. 1215/2012 sólo serán de aplicación cuando se trate de obligaciones contractuales y consumidores finales y no de asociaciones y entidades similares<sup>957</sup>. Por otro lado la Recomendación exige que las acciones colectivas se planteen por asociaciones registradas. A día de hoy cualquier acción colectiva transnacional deberá regirse por el régimen general aunque el foro del domicilio del consumidor coincidirá con el mercado afectado por lo que este foro resulta apropiado. Con independencia de la criticada doctrina *Henkel*, el consumidor merece una protección especial y efectiva, tanto en acciones contractuales como extracontractuales, puesto que su vulnerabilidad existe en ambos casos ya sea a la hora de celebrar un contrato directo con un empresario a la hora de comprar un producto cartelizado en un supermercado.

El art. 6.3.b R. Roma II privilegia al demandante y perjudicado, permitiendo la opción del derecho del foro y aminorando el desequilibrio inherente a estos litigios. No obstante, los problemas de legitimación y distribución indicados también deben de resolverse en el caso de las acciones colectivas<sup>958</sup>.

La tutela colectiva transnacional se compone de un complejo entramado normativo muy variado entre los distintos Estados, con una normativa de Derecho Internacional Privado concebida para los litigios a menor escala. La desconfianza es evidente, aunque no está

---

<sup>957</sup> D.P. L. TZAKAS, “International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 181.

<sup>958</sup> D.P. L. TZAKAS, “International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress”, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination*, Oxford, Hart Publishing 2012, p. 181.

justificada. Los temidos abusos no se han podido constatar hasta la fecha en Europa, o han sido rápidamente bloqueados con los mecanismos existentes<sup>959</sup>.

Es cierto que después de la transposición de la Directiva 2014/14 de Daños y de la implementación de la Recomendación, debería aumentar la efectividad de las acciones colectivas por ilícitos Antitrust en el contexto transnacional.

Las reformas deben de alcanzar al Derecho Internacional Privado con el objeto de mejorar la eficacia procesal para todos los interesados. De nada sirve una armonización material si el Derecho Internacional Privado continúa ignorando a la tutela judicial colectiva. No debemos olvidar que estas acciones se diferencian de otras debido al grado de distribución del perjuicio, el montante total del daño masivo y la reducida relevancia del individual. El vínculo del mercado afectado también supone una realidad que debe tener en cuenta el Derecho Internacional Privado para cumplir con sus objetivos. En estos momentos, es posible que una empresa que haya participado en un cártel inicie una acción declarativa negativa basándose en *Folien Fischer* en su domicilio o en un Estado miembro que le convenga y trate de arrastrar a todos los perjudicados a este foro o simplemente bloquee posibles acciones en otros foros. Esta situación supone una dificultad añadida injustificable y que, además de impedir el acceso a la justicia en daños masivos, desequilibra la balanza a favor del infractor normativo.

---

<sup>959</sup> Como por ejemplo: AP Madrid, 30 septiembre 2013, *Telefónica/Ausbanc*, 158/2013.

## VII. CONCLUSIONES

**334.** La relación entre el derecho civil y la política de competencia tienen un origen aparentemente trivial: La Competencia se basa en mercados efectivos que funcionan en los que operadores independientes intercambian bienes voluntariamente que a su vez dependen de instituciones efectivas para garantizar entre otros la efectividad y legalidad de los contratos entre los distintos actores del mercado<sup>960</sup>. Así, la *Wirtschaftsverfassung* o *Constitución Económica* en el sentido ordo liberal no sólo se compone de una parte de carácter regulador que busca proteger el mercado de limitaciones estatales, con derechos fundamentales y de limitaciones privadas, mediante el Derecho de la Competencia sino también de un elemento que junto con el derecho civil material recoge los procedimientos efectivos para solucionar una disputa y su ejecución. Según DOUGLASS la protección del Derecho Civil por el Estado es tan esencial que su déficit explicaría los problemas económicos de muchos países subdesarrollados o emergentes<sup>961</sup>.

Ante todo, resulta llamativo que a día de hoy, las empresas pueden coordinar e implementar a escala transnacional un acuerdo ilícito de reparto de mercados, subidas de precios y similares, que podrá ser perseguido por las autoridades de competencia de los principales sistemas económicos del mundo de forma coordinada y organizada mientras que las posibilidades de éxito de las reclamaciones de las víctimas dependerán del lugar en el que se encuentren, de la información disponible y de su capacidad económica.

**335.** El Derecho Internacional Privado tiene que poder ofrecer una solución óptima o cuando menos viable y real que permita la compensación de una vulneración

---

<sup>960</sup> G. P. CALLIES, J. MERTENS, “Privatrecht und Wettbewerbspolitik in der Globalisierung“, en *RabelsZ* 2010, pp. 463-492, p. 464.

<sup>961</sup> G. P. CALLIES, J. MERTENS, “Privatrecht und Wettbewerbspolitik in der Globalisierung“, en *RabelsZ* 2010, pp. 463-492, p. 464. C. DOUGLASS, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

de los derechos de un particular. No se trata de una utopía sino de una necesidad real para cualquier estado de derecho efectivo que respete la Libre Competencia. Un mercado eficiente implica que la parte que haya sufrido un perjuicio reciba compensación. Mientras esto no funcione el sistema sancionador tampoco habrá conseguido su objetivo. Como sabemos, las sanciones siguen siendo muy inferiores al daño realmente causado en los mercados. Además, el riesgo sancionador puede ser fácilmente calculado por una empresa que puede asumirlo e integrarlo en su política comercial e incluso repercutirlo al siguiente eslabón de la cadena.

**336.** La armonización de las normas materiales emprendida con la Directiva de Daños establecerá un marco normativo que mitigará parte de los problemas descritos al armonizar ciertos aspectos del Derecho Material, reduciendo las diferencias materiales entre los distintos Estados miembros. No obstante, la Directiva no se refiere a los problemas incardinados en el Derecho Internacional Privado. Por otra parte, la Comisión Europea ha mostrado especial celo en proteger la aplicación pública y en particular su programa de clemencia en detrimento de la aplicación privada, ignorando que se trata de dos vías paralelas y necesarias del Derecho de la Competencia.

**337.** En este sentido se debe plantear la siguiente reflexión: En otros ámbitos las obligaciones extracontractuales como por ejemplo la responsabilidad por productos defectuosos son las propias empresas las que deciden retirar sus productos o repararlos en acciones masivas y costosas en el momento que detectan un defecto en uno de sus productos antes de que los afectados reclamen de forma masiva. Estas acciones tienen un alcance transnacional. En el caso de la responsabilidad por ilícitos Antitrust, un fabricante o por ejemplo un operador de telecomunicaciones que ha abusado de su posición de dominio no se plantea compensar a sus clientes perjudicados antes de que éstos reclamen por la vía judicial aunque dicha infracción sea conocida y haya sido confirmada a lo largo de las distintas instancias posibles. Es más, como muestra el ejemplo *Enichem*, algunas empresas seguirán negando su responsabilidad civil a pesar de haber reconocido la administrativa. Precisamente este tipo de abusos muestra que el sistema actual no funciona de forma realmente eficaz y generalizada.

**338.** A día de hoy, seguimos contando más dificultades que oportunidades, prueba de ello son las jurisdicciones *especializadas en demandantes* o perjudicados como el Reino Unido, Holanda, Finlandia, Austria y las *especializadas en demandados* o infractores como puede ser Italia, Grecia, Francia o Alemania. La mayor preocupación de un demandante en una acción derivada de un ilícito Antitrust es reducir la incertidumbre e inseguridad al máximo. Por ello, la mejor de las tácticas para el demandado será aprovechar la inseguridad con el objetivo de debilitar la posición del demandante o esquilmar sus recursos financieros<sup>962</sup>. Los ejemplos más evidentes de estas tácticas consisten en bloquear la jurisdicción, fragmentar el derecho aplicable al fondo del asunto, cuestionar el carácter contractual o extracontractual de la acción. Todas ellas coinciden en la idea de explotar la falta de antecedentes y dilatar los procedimientos al máximo posible. A su vez, los demandantes también comienzan a desarrollar estrategias sofisticadas, como por ejemplo demandar a sólo un miembro de un cártel que igual se ve obligado a solicitar el litisconsorcio del resto de miembros del cártel como ha sucedido en el caso British Airways ante los tribunales ingleses<sup>963</sup>.

En efecto, debido a lo anterior el Derecho Internacional Privado juega un papel esencial en este tipo de litigios. A lo largo del presente trabajo hemos podido comprobar que las acciones derivadas de ilícitos Antitrust pasan por los raseros tanto del Derecho Procesal Internacional como del Derecho de Conflictos sin que estos sistemas puedan ofrecer soluciones realmente efectivas. Los problemas principales analizados a través del presente trabajo se resumen a continuación junto con propuestas de debate o mejora.

### **Competencia judicial internacional**

**339. Obligaciones contractuales:** En estos momentos existen dudas en torno a la forma de ejercitar la acción de nulidad junto con una acción de daños y perjuicios reconvenzional. La acción de nulidad se regirá por lo establecido por el art. 7.1 R.

---

<sup>962</sup> H. MERCER, “Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions- Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy” en M. DANOY, F. BECKER Y P. BEAUMONT, (Coords.), *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 329.

<sup>963</sup> H. MERCER, “Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions- Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy” en M. DANOY, F. BECKER Y P. BEAUMONT, (Coords.), *Cross Border EU Competition Law Actions*, Oxford, Hart Publishing 2013, p. 329.

1215/2012 mientras que la acción de resarcimiento debería regirse por el art. 7.1 R. 1215/2012. Esto resulta contrario al principio de coherencia ya que provoca la fragmentación de los foros en un mismo asunto con acciones estrechamente vinculadas entre sí. Las dudas existentes en la actualidad llevarán a muchos demandantes a optar por el art. 4 R. 1215/2012 en lugar de optar por foros más cercanos y relacionados con el litigio.

Por los motivos expuestos, una norma específica que acumule la acción de nulidad y la reclamación de daños y perjuicios en este tipo de supuestos puede ser una opción apropiada ya que respeta los principios de efectividad y economía procesal.

**340. El foro de los consumidores:** De acuerdo con la jurisprudencia *Engler e Ilsinger* el foro del art. 17 R. 1215/2012 que permite a consumidor demandar en su domicilio no está abierto a reclamaciones extracontractuales. Como hemos podido ver a lo largo del presente trabajo, gran parte de las acciones de resarcimiento por el incumplimiento de la normativa Antitrust tendrán carácter extracontractual. Así pues, los consumidores no gozarán de la protección necesaria ya que deberán demandar en base al régimen general. El infractor podrá plantear acciones declarativas negativas en base al art. 7.2 R. 1215/2012 y arrastrar a cualquier consumidor a un foro lejano y costoso. Ampliar el foro del art. 17 R. 1215/2012 en este tipo de supuestos tampoco lesiona el principio de previsibilidad ya que la empresa infractora conoce el mercado en el que actúa y comercializa sus productos. Asimismo si se añade el criterio de mercado afectado se puede corregir cualquier desajuste.

**341. Obligaciones extracontractuales:** El abanico de opciones existentes a día de hoy en relación al lugar del hecho dañoso o del daño que hemos descrito no sólo resulta extremadamente amplio y fortuito sino que puede ser manipulado tanto por un perjudicado que reclame daños y perjuicios como por un infractor que aproveche para iniciar una acción torpedo ante el tribunal de su elección. Debido a la complejidad de

hechos y procesos que rodean a un cártel y la gran cantidad de partes involucradas en el litigio este foro resulta más que imprevisible y puede provocar los resultados más insospechados. Esta situación debe de ser corregida.

En el caso de las acciones *Stand Alone*, un juez tendrá que aplicar los arts. 101 y 102 TFUE en virtud al R. 1/2003 a hechos que vayan más allá de su ámbito geográfico. El problema radica en que este mismo juez no podrá valorar los daños que se generen más allá de su ámbito debido a la doctrina *Shevill* si se opta por el lugar del daño

El criterio del mercado afectado es un criterio objetivo que acerca el foro a los hechos realmente relevantes para determinar las consecuencias del ilícito Antitrust. Los tribunales del mercado afectado conocerán de primera mano los efectos de la conducta en su foro y la forma en que se ha podido generar el daño generado. Por ello, en estos casos, su aplicación resulta necesaria para limitar las variantes que ofrece el art. 7.2. R 1215/2012. En este sentido, no podemos ignorar que la Doctrina *Shevill* se refiere al Derecho Nacional y no del Derecho Europeo por lo que la fragmentación del mosaico limita el ejercicio de la acción basada en la infracción del Derecho Antitrust Europeo, robándole efectividad al Derecho Primario de la Unión.

## **Conexidad**

**342.** El art.8.1. R. 1215/2012 sólo puede ejercerse por el demandante y no por ambas partes. Por ello, la demandada no podrá solicitar la acumulación con otros posibles procedimientos que se hayan iniciado contra ella en otros Estados miembros y deberá recurrir a las normas de litispendencia. Quizás se deba valorar ampliar estas opciones a los demandados, reduciendo así los procedimientos contra ellos ante el menor número de tribunales posibles y aprovechando las sinergias de las disputas.

Aunque el foro de domicilio de uno de los participantes en el cártel pueda considerarse previsible, la previsibilidad no se dará en casos en los que se emplee pequeñas filiales domiciliadas en un Estado miembro ajenas a la conducta que ha generado el daño o haya personas físicas implicadas. En este tipo de situaciones se deberá exigir una



relación mínima del foro de la filial con el fondo del litigio. Este criterio se podría basar en la participación de la filial en la conducta ilícita. La conexidad también debería depender en este tipo de casos del mercado afectado para así conseguir un sólo foro y un solo derecho aplicable. De esta forma, se respetarían los principios de previsibilidad, efectividad y seguridad jurídica.

## **Litispendencia**

**343.** Si la empresa infractora se adelanta a las acciones de daños y perjuicios con una demanda torpedo sí podría usar o más bien abusar primero de los arts. 29 y 30 R. 1215/2012 y luego del art. 8 R. 1215/2012 y acumular todas las reclamaciones por daños y perjuicios en el foro de su elección.

El principio *Ubi ius ibi remedium* requiere unas normas procesales que garanticen una aplicación correcta de la norma y un remedio justo o equitativo para los perjudicados por las de infracciones del Derecho *Antitrust*, así como un procedimiento justo y razonable para los infractores que, como todos los demás, también tienen derecho a un procedimiento en el que se respeten sus derechos y que sea proporcional.

Por lo anterior, se deberían permitir las excepciones a las normas de litispendencia en aquellos casos en los que el abuso sea palmario y especialmente perjudicial como por ejemplo en el asunto *Cooper Tire y Enichem*.

## **Ley Aplicable a las obligaciones extracontractuales**

**344.** La centralización y concentración aumentan las posibilidades de las víctimas y mejoran la efectividad del Derecho Antitrust. Por ello, el art. 6.3 R. Roma II se puede considerar una mejora positiva. Ahora bien, los objetivos del Reglamento Roma II son los siguientes:

1. Acabar con el *Forum Shopping*
2. Potenciar la seguridad jurídica y la certeza legal

### 3. Fomentar la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la Unión Europea

Después del análisis realizado para que el R. Roma II pueda realmente cumplir con estos objetivos convendría aclarar o mejorar los siguientes aspectos:

- (i) La normativa relativa a la competencia desleal recogida en el art. 6.1 R. Roma II debería separarse del art. 6.3 R. Roma II para mayor facilidad y claridad sistemática.
- (ii) Tal y como proponen FRANCO y WURMNEST también resulta necesario aclarar el carácter universal del art. 6.3.a R. Roma II ya que la redacción actual genera confusiones en relación a la aplicación de normas de un Estado que no sea miembro de la UE.
- (iii) El art. 6.3 R. Roma II parece cubrir sólo una parte de las posibles demandas derivadas de una infracción del Derecho Antitrust. La norma ignora todas aquellas infracciones del Derecho Antitrust Nacional ya que el considerando 23 se refiere a los artículos 101 y 102 TFUE. Por ello, las acciones que se basen en un abuso de posición dominante determinado en base al Derecho Nacional serán especialmente complejas. De esta forma se debería incluir expresamente el Derecho Nacional.
- (iv) El art. 16 Roma II debe de ser adaptado para que el juez nacional pueda aplicar normas Antitrust extranjeras como normas imperativas y no sólo las del foro. Esta medida resulta necesaria para cumplir con el requisito de coherencia, previsibilidad y de aplicación directa establecido por el R. 1/2003.
- (v) Por otra parte, el principio de coherencia exige que los criterios del R. 1215/2012 y R. Roma II se definan de forma equiparable y previsible. A día de hoy, la doctrina *Shevill* en relación a la competencia judicial internacional puede llevar a bloquear por completo la opción del art. 6.3 b R. Roma II.
- (vi) La localización del daño puede ser especialmente compleja en un contexto transnacional, cuando la conducta tenga efectos en más de un mercado en varios Estados miembros. La definición de mercado afectado del R. Roma II no coincide plenamente con la definición de mercado relevante del Derecho Antitrust. A nuestro juicio, unas directrices como las existentes en el ámbito del

Derecho Antitrust podrían servir de guía y ayuda a los jueces nacionales. Estas aclaraciones resultan más necesarias en aquellos casos en los que la acción sea *stand alone* y no *follow on* ya que en este caso ni el juez ni el demandante podrán basarse en una decisión sancionadora previa.

- (vii) Además de las dificultades de localización, el tribunal competente podría verse obligado a aplicar las normas de varios sistemas si el demandante no opta por un solo derecho. La libertad del demandante puede también generar problemas. En ocasiones el demandante no será el perjudicado e, incluso, podrían darse situaciones de *forum shopping* no deseadas. De esta forma la opción de aplicar un solo derecho debería ampliarse al Juez o a ambas partes.

### **Acciones colectivas**

**345.** La doctrina *Shevill* aplicada a las acciones colectivas podría dificultar seriamente la viabilidad de este tipo de acciones en un contexto transfronterizo. Los arts. 17-19 R. 1215/2012 sólo serán de aplicación cuando se trate de obligaciones contractuales y consumidores finales y no de asociaciones y entidades similares. Por otro lado, la Recomendación relativa a las acciones colectivas exige que las acciones colectivas se planteen por asociaciones registradas que están excluidas del ámbito de los arts. 17-19 R. 1215/2012. Por ello, a día de hoy cualquier acción colectiva transnacional deberá regirse por el régimen general aunque el foro del domicilio del consumidor coincidirá con el mercado afectado por lo que este foro resulta apropiado. El consumidor merece una protección especial y efectiva, tanto en acciones contractuales como extracontractuales, puesto que su vulnerabilidad existe en ambos casos ya sea a la hora de celebrar un contrato directo con un empresario o bien a la hora de comprar un producto cartelizado en un supermercado. La asimetría informativa a la que se enfrenta el consumidor en un caso de este tipo es especialmente pronunciada por lo que la protección especial se justifica por el tipo de conducta especialmente grave y perjudicial para el mercado en el que el consumidor representa el eslabón más débil.

Es cierto que la aprobación de la Directiva de Daños y de la implementación de la Recomendación, aumentarán la efectividad de las acciones colectivas por ilícitos

Antitrust en el contexto transnacional. No obstante, las reformas deben de alcanzar al Derecho Internacional Privado con el objeto de mejorar la eficacia procesal para todos los interesados. De nada sirve una armonización material si el Derecho Internacional Privado concebido para litigios de menor escala, continúa ignorando a la tutela judicial colectiva. No debemos olvidar que estas acciones se diferencian de otras debido al grado de distribución del perjuicio, el montante total del daño masivo y la reducida relevancia del individual.

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

### **UNIÓN EUROPEA**

---

STJCE, 5 febrero 1963, *Van Gend & Loos*, C 26/62, *Rec.* 1963, p. 1

STJCE, 30 junio 1966, *Société Technique*, C 56/65, *Rec.* 1966, p. 363

STJCE, 25 noviembre 1971, *Beguelin*, C 22/71, *Rec.* 1971, p. 949

STJCE, 14 julio 1972, *Imperial chemical Industries*, C 48/69, *Rec.* 1972, p. 619

STJCE, 14 julio 1972, *Continental Can*, C 6/72, *Rec.* 1972, p. 215

STJCE, 6 febrero 1973, *Brasserie de Haecht*, C 48/72, *Rec.* 1973, p. 77

STJCE, 30 enero 1974, *BRT/SABAM*, C-127/73, *Rec.* 1974, p. 313

STJCE, 6 octubre 1976, *Tessili*, C 12/76, *Rec.* 1976, p. 1473

STJCE, 6 octubre 1976, *De Bloos v Bouyer*, C 14/76, *Rec.* 1976, p. 1497

STJCE, 14 Octubre 1976, *LTU*, C 29/76, *Rec.* 1976, p. 1541

STJCE, 16 diciembre 1976, *Rewe*, C33/76, *Rec.* 1976, p. 1989

STJCE, 16 diciembre 1976, *Comet*, C 45/76, *Rec.* 1976, p. 2043

STJCE, 22 noviembre 1978, C 33/78, *Somafer Saar-Ferngas*, *Rec.* 1978, p. 2183

STJCE, 10 julio 1980, *Sa Lancome*, C 99/79, *Rec.* 1980, p. 2536

STJCE, 24 junio 1981, *Elefant Schuh*, C 150/80, *Rec.* 1981, p. 1671

STJCE, 22 octubre 1981, *Rohr*, C 27/81, *Rec.* 1981, p. 2431

STJCE, 4 marzo 1982, *Effer*, C 38/ 81, *Rec.* 1982, p. 8250

STJCE 14 diciembre 1983, *Société de Vente*, C 319/82, *Rec.* 1983, p. 4173

- STJCE 25 Octubre 1983, *AEG-Telefunken*, AG 107/82, *Rec.* 1983, p. 01179
- STJCE, 10 abril 1984, *von Colson*, C 14/83, *Rec.* 1984, p. 1981
- STJCE, 7 marzo 1985, *Spizley*, C 48/84, *Rec.* 1985, p.787
- STJCE, 15 junio 1987, *Shenavai*, C 266/85, *Rec.* 1987, p. 239
- STJCE, 9 diciembre 1987, *Schotte*, C 218/1986, *Rec.* 1987, p. 4905
- STJCE, 12 agosto 1987, *Gubisch*, C-144/86, *Rec.* 1987, p. 4861
- STJCE, 8 marzo 1988, *Arcado*, C 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539
- STJCE, 27 septiembre 1988, *Åhlström*, C89, 104, 114, 116-7,125-129/85, *Rec.* 1988, p. 5193
- STJCE, 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, C 189/ 87, *Rec.* 1988, p. 5565
- STJCE, 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. 49
- STJCE, 14 febrero 1990, *Société Francaise* C 350/88, *Rec.* 1990, p. 395
- STJCE, 28 febrero 1991, *Delimitis*, C 234/89, *Rec.* 1991, p. 935
- STJCE, 23 abril 1991, *Höfner*, C-41/90, *Rec.* 1991, p. 01979
- STJCE, 10 marzo 1992, *Duffryn*, C 214/89, *Rec.* 1992, p. 1745
- STPI, 10 marzo 1992, *Shell Comisión*, T-11/89, *Rec.* 1992, p. 757
- STJCE, 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, *Rec.* 1992, p. 825,
- STJCE, 2 agosto 1993, *Marshall*, C 271/91, *Rec.* 1993, p. 4367
- STJCE, 19 enero 1993, *Shearson*, C 89/91, *Rec.* 1993, p. 00139
- STJCE, 20 enero 1994, *Owens Bank*, C 129/92, *Rec.* 1994, p. 117
- STJCE, 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. 5439
- STJCE, 27 octubre 1994, *Fiatagri*, T 34/92, *Rec.* 1994, p. 905
- STJCE, 14 diciembre 1995, *Van Schijndel*, C 430/93 y C 431/93, *Rec.* 1995, p 4705
- STJCE, 25 marzo 1996, *SPO*, C/137/95 P, *Rec.* 1996, p. 1611

- STJCE, 3 julio 1997, *Benincasa*, C 269/95, *Rec.* 1997, p. 3767
- STJCE, 10 julio 1997, *Palmisani*, C 261/95, *Rec.* 1997, p. 4025
- STPI, 14 mayo 1998, *Mo Och Domsjo AB*, T-532/94, *Rec.* 1998, p. 1996
- STJCE, 2 abril 1998, *Styraval y Brinks France*, C 367/95, *Rec.* 1998, p.1719
- STJCE, 19 mayo 1998, *Drouot*, C-351/96, *Rec.* 1998, p. 3075
- STJCE, 28 mayo 1998, *John Deere*, C-7/96P, *Rec.* 1998, p. 3111
- STPI 15 septiembre 1998, *European Night Services*, T-374/94, *Rec.* 1998, p. 3141
- STJCE, 28 abril 1998, *Javico*, C 306/96, *Rec.*1998, p. 1983
- STJCE, 27 octubre 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. 6511
- STJCE, 11 marzo 1999, *Aristrain*, T-156/94, *Rec.* 1999, p. 02293
- STJCE, 25 marzo 1999, *Gencor*, T 102/96, *Rec.* 1999, p. 753
- STJCE, 1 junio 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.* p. 3055
- STJCE, 5 octubre 1999, *Leathertext v Bodetex*, C 420/97, *Rec.* 1999, p. 6779
- STJCE, 27 junio 2000, C 240/98 a C 244/98, *Océano*, *Rec.*2000, p. I 4941
- STJCE, 6 julio 2000, *Volkswagen*, T 62/98, *Rec.* 2000, p. 853
- STJCE, 9 noviembre 2000, *Coreck*, C 387/98, *Rec.* 2000, p. 9337
- STJCE, 14 diciembre 2000, *Masterfoods*, C344/98, *Rec.* 2000, p. 1369
- STJCE, 20 septiembre 2001, *Courage*, C 453/99, *Rec.* 2001, p. 6297
- STJCE, 24 enero 2002, *República de Italia*, C 372/99, *Rec.* 2002, p. 819
- STJCE, 12 diciembre 2002, *Bélgica*, C 5/01, *Rec.* 2002, p.11991
- STJCE, 19 febrero 2002, *Besix*, C 256/00, *Rec.* 2002, p. 01699
- STPI, 28 febrero 2002, *Atlantic Container Line*, T 395/94, *Rec.* 2002, p. 595
- STJCE, 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/2000, *Rec.* 2002, p. 07357

- STJCE, 1 octubre 2002, *Henkel*, C-167/00, *Rec.* 2002, p. 08111
- STJCE, 8 mayo 2003, *Gantner*, C-111/01, *Rec.* 2003, p. 4207
- STPI, 30 septiembre 2003, *Atlantic Container Line*, T-191/98, *Rec.* 2003, p. 03275
- STJCE, 2 octubre 2003, *Arbed*, C-196/99, *Rec.* 2003, p. 263
- STJCE, 9 diciembre 2003, *Gasser*, C-116/02, *Rec.* 2003, p. 432
- STJCE, 10 junio de 2004, *Kronhofer*, C 168/02, *Rec.* 2004, p. 6009
- STJCE, 5 febrero 2004, *Torline*, C 18/02, *Rec.* 2004, p. 1417
- STJCE, 5 febrero 2004, *Frahuil*, C 265/02, *Rec.* 2004, p. 01543
- STJCE, 20 enero 2005, *Engler*, C27/02, *Rec.* 2005, p. 481
- STJCE, 8 noviembre 2005, *Götz Leffler*, C 443/03, *Rec.* 2005, p. 9611
- STPI, 27 septiembre 2006, *Glaxo Smithkline*, T 168/01, *Rec.* 2006, p. 2969
- STJCE, 13 julio 2006, *Roche*, C 539/03, *Rec.* 2006, p. 6535
- STJCE, 13 julio 2006, *Reisch Montage*, C 103/05, *Rec.* 2006, p. 06827
- STJCE, 3 mayo 2007, *Color Drack*, C 386/05, *Rec.* 2007, p. 3699
- STJCE, 11 octubre 2007, *Freeport*, C 98/06, *Rec.* 2007, p. 08319
- STJCE 27 noviembre 2007, *Korkein*, C 435/06, *Rec.* 2007, p. 1041
- STJCE, 22 mayo 2008, *Glaxosmithkline*, C 462/06, *Rec.* 2008, p. 03965
- STJCE, 23 abril 2009, *Falco Privatstiftung Weller*, C 533/07, *Rec.* 2009, p. 03227
- STJCE, 14 mayo 2009, *Ilsinger*, C 180/06, *Rec.* 2009, p. 03961
- STJCE, 9 julio 2009, *Peter Rehder*, C 204/08, *Rec.* 2009, p. 06073
- STJCE, 16 julio 2009, *Zuid Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917
- STJUE, 19 mayo 2010, *KME y otros*, T 25/05, *Rec.* 2010, p. 0091
- STJCE, 12 mayo 2011, *BVG*, C-144/10, *Rec.* 2011, p. 03961



- STJUE, 14 junio 2011, *Pfleiderer*, C 360/09, *Rec.* 2011, p. I 05161
- STJUE, 18 Octubre 2011, *Realchemie*, C-406/09, *Rec.* 2011, p. 09773
- STJUE, 17 Noviembre 2011, *Deo Antonie*, C 412/10, *Rec.* 2011, p. 11603
- STJUE, 1 diciembre 2011, *Painer*, C 145/10, *Rec.* 2011, p. 12533
- STJUE, 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C 523/10
- STJUE, 12 julio 2012, *Solvay*, C 6161/10
- STJUE, 25 Octubre 2012, *Folien Fischer*, C-133/11
- STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis y otros/Comisión*, C 199/11
- STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11
- STJUE, 3 Octubre 2013, *Pinckney*, C 170/12.
- STJUE, 16 enero 2014, *Kainz*, C 45/13
- STJUE, 27 febrero 2014, *EnBW*, C-365/12 P
- STJUE, 16 mayo 2013, *Melzer vs. MF Global*, C 228/11
- STJUE, 6 junio 2013, *Donau Chemie*, C 536/11
- STJUE 18 julio 2013, *Schindler*, C 501/11
- STJUE, 16 enero 2014, *Kainz*, C 45/13
- STJUE, 10 abril 2014, *Siemens*, T 124/07
- STJUE 10 abril 2014, *Areva*, T 127/07
- STJUE, 5 de Junio 2014, *Kone*, C 557/12
- STJUE, 23 Octubre 2014, *FlyAL*, C 302/13

## **TRIBUNALES NACIONALES**

---

### **ALEMANIA**

OLG Stuttgart de 14 Diciembre de 1973, BB (1974), p. 1270

OLG Hamburg, 12 febrero 1981 en RIW (1982), p. 669

BGH, 11 febrero 1988, ZR 201/86 en RIW 1988, pp. 397-398

BGH, 12 mayo 1993, VIII ZR 110/92, ILPr 133

BGH, 7 noviembre 2000, VIII ZR 263/00 ILPr 543

LG Mannheim, 11 julio 2003- 7 O 326/02 resumida en GRUR 2004, p. 182

LG Mainz, 15 enero 2004-12HK O 52/02 resumida en NJW RR 2004, p. 478

OLG Köln, *German Lottery Company*, 6U 135/03, 2005, ILPr 35

Schiffahrtsobergericht Köln, 30 mayo 2008, 3 U 7/07 BSch

BGH 9, Julio 2009, Xa ZR 19/08

BGH, 28 junio 2011, Az. KZR 75/10, *ORWI*

LG Dortmund, 29 abril 2013, *Bleichmittel*, 13 O Kart 23/09, publicada en WUW 09/2013, p. 872

### **AUSTRIA**

OHG, 8 octubre 2010, 16 Ok 5/08

OHG, 14 febrero 2012, *Aufzüge*, 5 Ob 39/11p, en WuW 2012, pp. 1251-1260

## **BÉLGICA**

CM Bélgica, NV Euro Boat v. Sarl Team Boat, 2006 ILPr 15 (7) Rechtbank Van Koophandel

## **DINAMARCA**

Corte Suprema Danesa, Cha Cha Denmark v. Commercial Textiles (2002) ILPr 53

## **ESPAÑA**

STS, 8 junio 2012, *Nestlé y otros y ACOR*, R 344/2012

AP Madrid 158/2013, *Telefónica/Ausbanc*, 30 septiembre 2013

STS, 7 noviembre 2013, *Nestlé y otros y Ebro*, R 651/2013

## **ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

US S.C. *Continental Ore Co v Union Carbide & Carbon Corp*, 1962 370 US 268

US. S.C. *United States v Aluminium Co of America (Alcoa)* 148 F2d 416 (2<sup>nd</sup> Circuit 1945)

US S.C. 392, US 481 (1968)- *Hanover Shoe: US Supreme Court*, 431 US 720 (1977)  
*Illinois Brick C. Vs. Illinois*

US S.C., *Pfizer Inc. Et al. v. Government of India et al.*, 434 U.S. 308 (1978)

US S.C. *Timberline Lumber Co v Bank of America, NT & SA* 549 F2d 597 at 609 (9<sup>th</sup> Circuit 1976)

U.S. C.A., 2<sup>nd</sup> C. *Kruman v. Christie's Int'l PLC*, 284, F. 3d 384 (2nd Circuit 2002)

US S.C., *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 2 Cranch 64, 118 (1804)

US S. C. 14 junio 2004, *F. Hoffman-La Roche Ltd. et. Al. v. Empagran S.A. et al.* 542

## **FINLANDIA**

Corte de distrito de Helsinki de 4 de julio de 2013. Resumen en inglés disponible en:

[http://www.carteldamageclaims.com/Presse/130717%20Press%20release%20judgment%20Helsinki%20District%20Court\\_HP%20Cartel\\_04%20July%202013.pdf](http://www.carteldamageclaims.com/Presse/130717%20Press%20release%20judgment%20Helsinki%20District%20Court_HP%20Cartel_04%20July%202013.pdf)<http://www.carteldamageclaims.com/Hydrogen%20Peroxide.shtml>.

## **FRANCIA**

Cour d' appel de Paris, 27 febrero 2014, *Doux /Ajinomoto*, R. 10/18285

## **HOLANDA**

Corte de apelación de la Haya, 23 abril 1998, *Expandable Grafts*

Corte de distrito de la Haya, C 09/414499/HAZA 12-293

## **REINO UNIDO**

UK. H.C., *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp* (1959) 2 QB 57 (CA)

U.K. H.C., *Candy v Schell and Stoecker Reinshangen* Foro pad 1979, I, 225

U.K. H.C., *Coupland v. Arabian Gulf Oil*, 1983 1 WLR 1136

UK, C.A., 1 enero 1995, *Kitetecnology v Unicor*, 1992, ILPr 568

U.K. C.A. 21 enero 1995, *Angelic Grace*, 2995

UK, H.C. *Roche Products Ltd & ors. V. Provimi Ltd*, 2003, EWHC 961

UK C.A., *Roche Products Ltd. & Ors. V. Provimi, Ltd.*, 2003, EWHC 961

UK. C.A. *Provimi vs. Aventis* 2003, EWHC 961

U.K. C.A., *Base Metal Trading v. Shamurin* (2003) EWHC 2419

U.K. C.A. ILPr 5, *Base Metal Trading v. Shamurin* (2004), EWCA Civ 1316

UK, CAT, *Consumers Association v JJB Sports plc* (Case No 1078/7/9/07)

UK. H.C. *Sandisk Corp v Kominklijke Philips Electronics NV* (2007) EWHC 332 (Ch); (2007) Bus LR 705 (26)

UK. H.C. *Devenish Nutrition vs. Sanofi Aventis*, 2007, EWHC 2394 y 2008 EWCA Civ 1086

UK, C.A., *Cooper Tire & Rubber Co & ors. V. Shell Chemicals UK Ltd & Ors*, 2009, EWHC, 2609

UK. C.A. *Cooper Tire & Rubber Company Europe Ltd. & Ors. Dow Deutschland Inc & ors*, 2010 EWCA Civ 864

UK C.A. *Toshiba Carrier UK Ltd & Ors v KME Yorkshire Ltd & ors*, 2011, EWHC 2665 (Ch)

UK. C.A *Nokia Corporation v AU Optronics Corporation & Ors*, 2012, EWHC 731

UK. C.A. *KME Yorkshire Ltd. & ors. V Toshiba Carrier UK Ltd & Ors*, 2012, EWCA Civ 1190

UK C.A. *Bord Na Mona Horticulture Ltd, Anor v. British Polythene Industries Plc & ors*, 2012, EWHC 3346

UK. C.A., *Deutsche Bahn AG & Ors v Morgan Advanced Materials Plc & ors*, 2013,

UK. CAT, *Deutsche Bahn AG & Ors. Morgan Advanced Materials, Plc & Ors*, 2013, EWCA Civ 1484

UK C.A. *Ryanair Lt v Esso Italiana*, 2012, EWCH 200

UK. C.A., 19 noviembre 2013, *Ryanair Esso Italiana Srl*, WC2A2LL

## **NORUEGA**

Agder Lagmannsrett, Tribunal de apelación de Tonsberg, Noruega, *Saba Molnlycke AS v Procter & Gamble Scandinavia Inc* (1997) ILPr704

## **Bibliografía**

- ADOLPHSEN J.            The Conflict of Laws in Cartel Matters in a Globalised World: Alternatives to the effects Doctrine en JPRIL 2005, pp. 151-195
- AFFERNI G., BULST F.W.    Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche von Verbrauchern en ZEuP 2005, pp. 143-161
- AHRENS H. J.            Der Einfluss des Gemeinschaftsrecht auf das nationale IPR- Zur Rechtsnormkonkurrenz am Beispiel des International Wettbewerbsrechts, en Festschrift für Apostolos Georgiades, Munich, Beck 2005, pp-789-800
- ALEXANDER C.           Die zivilrechtlichen Ansprüche im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle - ein Überblick, en Jus 2007, pp. 109-114
- ASHTON D., VOLLRATH C.        Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law, en ZweR 2006, pp. 1-26
- ASHTON D., HENRY D.        Competition Damages Actions in the EU, Law and Practice, Cheltenham, Edward Elgar 2013
- BAETGE D., EICHHOLTZ S.       Die Class Action in den USA, en J. BASEDOW, D. BAETGE (Dirs.): Die Bündelung gleichberechtigter Interessen im Prozess, Tübingen, Mohr Siebeck 1999
- BALLARINO T.            El Derecho Antitrust Comunitario y el R. Roma II (Régimen conflictual y territorial, efecto directo) en AEDIPr, 2007, pp.407-420
- L' art. 6 del Regolamento Roma II e il Diritto antitrust comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico, RDI 2008, pp. 65-78
- BAR C.                    The Common European Law of Torts Oxford, Hart Publishing 2000, Vol. II, nr. 545
- BAR C, P. MANKOWSKI    Internationales Privatrecht, Vol. I Allgemeine Lehren, Munich Beck 2003, p 271
- BARLING, G.            Collective Redress For Breach of Competition Law –A Case For Reform? Consultado por última vez el 12.04.2014 [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_collective\\_redress/sir\\_gerald\\_barling\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/sir_gerald_barling_en.pdf)
- BASEDOW J.            Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC

competition law, en J. BASEDOW, Private Enforcement of EC Competition Law, Alphen, Kluwer 2007 pp.230-252

Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts – Ausbau und Differenzierung des Auswirkungsprinzips, en NJW 1989, pp. 627-633

Die Verselbständigung des europäischen ordre public, en O. SANDROCK, (Coord.), Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag: Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation, München, Beck 2004, pp. 291-319

Perspektiven des Kartelldeliktsrechts, en ZWeR 3/2006 pp. 294-305

Who will protect Competition in Europe? From central enforcement to authority networks and private litigation en EBOR 2, 2001, pp 443-468

Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren, C. BAUDENBACHER (Coord.), Neuste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht- Zwölftes Internationales Kartellrechtforum 2005, Basilea, Lichtenhan 2006

Private Enforcement of Article 81 EC: A German view, en C. D. EHLERMANN, I. ATANASIU (Coord.) European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC-Antitrust Law, Oxford, Hart Publishing 2003, pp. 137-145

Weltkartellrecht, Tübingen, Mohr Siebeck 1998

Souveranité territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence en Academy of International Law, ed Collected Courses 264, Leiden, 1997

BATIFFOL H.,  
LAGARDE P.      Traité de droit international privé, vol. I, 8. Ed. Paris, LGDJ 1993

BAUDENBACHER  
C., BEHN K.      Back to “Betsy”: Zur Empagran-Entscheidung des US-Supreme Court, en ZWeR 2004, pp. 604-626

BEHRENS P.      The “Consumer Choice” Paradigm in German Ordoliberalism and its impact upon EU Competition Law, Discussion Paper 1/14, p.8 consultado por última vez el 20.3.2014 en [http://www.europa-kolleg-hamburg.de/fileadmin/user\\_upload/documents/Discussion\\_Pap](http://www.europa-kolleg-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Discussion_Pap)

[ers/Discussionpaper Behrens 01 01.pdf](#)

- BENECKE M. Auf dem Weg zu Rom II, Der Vorschlag zu einer Verordnung zur Angleichung des IPRs der ausservertragliche Schuldverhältnisse, en RIW 2003, pp. 830-837
- BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO A. Normas sobre la competencia del Tratado CEE, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA (Coord.) Tratado de Derecho Comunitario Europeo, estudio sistemático desde el Derecho Español, Madrid, Civitas 1986, pp 327-369
- BERENGUER FUSTER L. La aplicación privada del Derecho de la Competencia, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Valladolid, Lex Nova 2011, p. 51-60
- BERNHARD J., HOLTERHUS T.P. Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche in mehrstufigen Absatzverhältnissen: ein europäischer Kontrapunkt zum U.S.-Antitrust-Recht, en RIW 2012, pp. 470-479
- BLANCO MORALES LIMONES P. Acciones declarativas negativas y fórum delicti commissi: Galgos o podencos? : La litispendencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera d) de Octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA, en CDT, 2013, pp. 240-253
- BORNKAMM J. BECKER M. Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG- Kartellrechts, en ZWeR 2005, pp. 213-236
- Cui malo? – Wem schaden Kartelle?, en GRUR 2010, pp. 501-506
- BRAGE S. Legislación Penal Espacial en materia de delitos de alteración de precios. Consultado por última vez el 22.12.2013 en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2148/1/AD-5-7.pdf>
- BRIGGS A., REES P. Civil Jurisdiction and Judgments, Londres, Informa 2009, pp. 267-68
- BRINKER I. BALSSSEN C. Von Crehan zu Manfredi- Grundlage eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs für jedermann, en I. BRINKER; D. SCHEUING, K. STOCKMANN, (Coord.), Recht und Wettbewerb” Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, Munich, Beck 2006, pp. 69-80
- BUCCIROSSI P., Collective Redress in Antitrust, Study requested by the



- CARPAGNANO M.,  
CIARI L.; TOGNONI  
M., VITALE C. European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs
- BUCHNER B. Rom II und das Internationale Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht en GRUR INT 2005, pp. 1004-1022
- BULST F.W. Zum Manfredi Urteil des EuGH, en ZeuP, 2008, pp. 178-195
- Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht: Zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, Baden Baden, Nomos 2006
- Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht, en EWS 2004, pp. 403-410
- The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe, en EBOR 4, 2003, pp. 623-650
- Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite – deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH, en NJW 2004, pp. 2201-2203
- Zum Manfredi Urteil des EuGH, en ZeuP 2008 pp. 179-195
- Private Antitrust Enforcement at a Roundabout, en EBOR 2006, pp. 725-746
- BUXBAUM H. German Legal Culture and the Globalization of Competition Law: A Historical Perspective on the Expansion of Private Antitrust Enforcement, en BJIL 2005, Vol. 23 pp. 474-495
- BUXBAUM H.,  
MICHAELS R. Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law- A US Perspective, en J. BASEDOW, S. FRANQC, L. IDOT, International Antitrust Litigation- Conflicts of Law and Coordination, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 225- 230
- CALVO CARAVACA A.L., Derecho Antitrust Europeo, Tomo I. Parte General: La Competencia, Madrid, Colex 2009
- “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, en CDT 2009, Vol.1, nº 2, p. 86.
- CALVO CARAVACA Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea,

A.L., CARRASCOSA Madrid, Colex 2003  
GONZALEZ J.

Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado, el R. Roma II, Granada, Comares 2008

Derecho Internacional Privado, Volumen I, 14ª ed., Granada, Comares 2013

Derecho Internacional Privado, Volumen II, 14ª ed., Granada, Comares 2013

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero, en La Ley, nº 6238, 25 abril 2005

CAMPUZANO DIAZ, B. El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer, en CDT Marzo 2012, Vol. 4 Nº 1, pp. 245-255

CANTOS F. La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita, en GJUEC, 36, en La Ley 871/81/2013

CARPAGNANO M. Litigación en Derecho de la Competencia: La perspectiva italiana, 1990-2010 en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.) La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Valladolid, Lex Nova 2011 pp. 81-102

CASTELLANOS RUIZ E. Competencia judicial internacional en las acciones de reparación de daños por infracción del derecho antitrust, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 619-652.

Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable, Granada, Colex 2010

El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles. Granada, Colex 2009

CASTRONOVO C. Private Law remedies for antitrust violations- a point of view from Italy en J. BASEDOW, Private Enforcement of EC Competition Law, La Haya, Kluwer 2007, pp. 107-117

- CARBALLO, PIÑEIRO L. Derecho de Competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: Observaciones a propósito del art. 6 del R. Roma II en AEDIPr 2007, t. VII, pp. 465-495
- Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial, Problemas de recepción y transplante de las *class actions* en Europa, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela 2009
- COOK C. Developments in European and UK Cartel Damages Litigation, en A. FONT I RIBAS, S. GÓMEZ TRINIDAD, Competencia y acciones de indemnización, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 17-28
- DANOV M. Awarding Exemplary (or punitive) Antitrust Damages in EC Competition Cases with an international Element- The Rome II Regulation and the Commission's White Paper on Damages, en ECLR, 2008, pp. 430- 436
- Jurisdiction and Judgements in Relation to EU Competition Law Claims. Oxford, Hart Publishing 2011
- DANOV M., BECKER F, BEAMONT P. Cross- Border EU Competition Law Actions, Oxford, Hart Publishing 2013
- DORNIS T. "When in Rome, do as the Romans do?"-A defence of the Lex Domicilii Communis in the Rome II Regulation en EULF 2007, pp. 152-159
- DOUGLASS C. Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge, Cambridge University Press 1990
- DREXL J. Zur Schadensersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht en A. HELDRICH, *Festschrift Canaris, 70. Geburtstag*, Vol. I, Munich, Beck 2007, pp 1339-1365
- DREXL J., CONDE GALLEGO B., ENCHELMAIER MACKENRODT S., PODSZUN R. Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the White Paper by the Directorate-General for Competition of April 2008 on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, consultado en <http://www.ip.mpg.de/files/pdf1/Comments-WhitePaperDamageActionsForBreach2.pdf>
- DYCKINSON A. The Rome II Regulation: The Law applicable to non

- contractual obligations, Oxford, Hart Publishing 2008
- EHLERMANN C.,  
ATANASIU I. European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels, Oxford, Hart Publishing 2007
- Competition Law annual 2001: effective Private enforcement of EC Antitrust Law, Oxford, Hart Publishing 2003
- EHLERMANN C. D The modernisation of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution, en CMLR 2000, pp. 537, 541.
- EILMANNSBERGER T. The relationship between rights and remedies in EC Law: in Search of the missing link en CML Rev 2007, pp. 1199-1246
- EUCKEN W. The legal foundations of Economics, Londres, Springer 1951
- EZRACHI A. EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases, 2ª Ed., Oxford, Oxford 2010
- FALLON M., S.  
FRANCQ, Private Enforcement of Antitrust Provisions and the Rome I Regulation, en J. BASEDOW, S. FRANCQ, L. IDOT, International Antitrust Litigation, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 61-90
- FAWCETT J. Multiparty Litigation in Private International Law”, 1995 en ICLQ 1995 pp. 744-747
- FAWCETT J.  
,TORREMANS P. Intellectual Property in Private International Law en OUP, Oxford, 1998, p. 422
- FAWCETT J.  
CARRUTHERS J.M Private International Law, 14ª ed., Oxford, Hart Publishing 2008
- FERNANDEZ PEREZ, P. La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos Antitrust, en Indret 1/2013
- FITCHEN J. Allocating jurisdiction in private competition law claims within the EU, en MJEC 2006, p. 368
- Choice of Law in international claims based on restriction of competition: Art. 6 (3) of the Rome II Regulation, en JPRIL, 2009, pp. 337-357
- Art 6.3 of Regulation 864/2007, en M. DANOV, F. BECKER, P. BEAUMONT, Cross Border EU Competition Law Actions, Oxford, Hart Publishing 2013
- FOER A., CUNEO J. The International Handbook on Private Enforcement of

Competition Law, Cheltenham, Edward Elgar 2010

- FRANCO, S.  
WURMNST W. International Antitrust Claims under the Rome II Regulation, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 91-129
- FRANZOSI M. Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo, en EIPR 1997, p. 7 y ss también disponible en <http://www.franzosi.com/articolo/1997/worldwide-patent-litigation-and-the-italian-torpedo/en>
- FRESE M. Fines and damages under EU Competition Law: implications of the Accumulation of Liability, en WC 2011, pp. 398-432
- FRITZSCHE A. Der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des quasi-negatorischen Beseitigungsanspruchs en WRP 2006, pp. 42-53
- FUENTES MAÑAS J. B. La regla lex loci delicti commissi y normas localizadoras especiales en el R. Roma II, en AEDIPr. 2007 t. VII, pp.341-352
- FÜLLER J. Marktabgrenzung, Münchener Kommentar: europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) Vol. 1, Munich, Beck 2008, pp. 471-503
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ F. J. The Rome II regulation: On the way towards a European Private International Law Code, en EULF 2007, pp. I-77-91
- La Unificación del Derecho Conflictual en Europa: El Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"), en La Ley nº 6811, pp 1-19
- GERADIN D. Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules", 31.8.2004, consultado por última vez el 21.2.2014 en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>
- GERADIN D., GRELIER L. A. Cartel Damages Claims in the European Union: Have We Only Seen the Tip of the Iceberg? Consultado por última vez el 21.3.2014 en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2362386](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2362386)
- GERVEN V. On rights, remedies and procedures en CMLR 2000, p. 501
- GIL NIEVAS R. Litigación civil internacional por Daños derivados de

- infracciones del Derecho de la Competencia, en RDCD, nº 4 2009, pp. 137-165
- GOÑI URRIZA N. La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5.3. del R. 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009 en CDT 2010, Vol. 3, Nº 1, pp. 290-295
- GOTHOT P. La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE), La Ley 1986, pp. 36-37.
- GOTTSCHALK E., BRESSLER S. Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht, en ZeuP 2007, pp. 56-80
- GRALF-PETER CALLIES, MERTENS J. Privatrecht und Wettbewerbspolitik in der Globalisierung en RabelsZ 2010, pp. 463-492
- GRAYM., LESTERM., DARBON C. EU Competition Law: Procedures and Remedies, Richmond, Oxford University Press 2006
- GROTHER H. Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzips im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschliessliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung, en IPRAX 2004, pp. 205-213
- Rechtswegverweisung und Rechtshängigkeitserschleichung im Anwendungsbereich von Art. 21 EuGVÜ/LugÜ und Art. 27 EuGVO en IPRAX, 2004, pp. 83-89
- GUZMÁN ZAPATER M. Jurisprudencia en materia de DIPr, REDI 2009, 2, pp.489-492
- HANDIG C. Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht- Auswirkungen der Rom II-Verordnung, en GRUR Int 2008, pp. 24-31
- HARTLEY T. International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law, Cambridge, Cambridge 2009
- HAY P. Neue Unsicherheiten um die extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Antitrust-Rechts, en RIW 2003, pp. 809-813
- Contemporary approaches to Non Contractual Obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community's "Rome II" regulation, en EULF 2007, pp. 137-159
- HAWK B. E. Antitrust in the EEC-The first Decade, 41, FLR 1972, pp. 232

- HEREDIA  
CERVANTES I. Las deficiencias de la regla de responsabilidad múltiple del R. Roma II, en AEDIPr 2007 t. VII, pp. 277-285
- HEISS,  
H.LOACKER, L. Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrecht der ausservertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II, en JBL 2007, pp. 612-646
- HELLNER M. Unfair competition and acts restricting free competition. A commentary on article 6 of the Rome II Regulation, en YPIL, vol. IX, 2007, pp. 49-69
- HERRERO SUAREZ  
C. La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, en RDCD 2008, pp. 103-118
- HICKEY A. Schadensersatzansprüche Privater bei Verstößen gegen das EG wettbewerbsrecht-Optimierung nach dem Us-,Antitrust Damages' Modell?en HeinOnline – 11 Trinity C.L.R 138 2008
- HILL J. International Commercial Disputes in English Courts, 3ª ed., Oxford, Hart Publishing 2005
- HÖDER A. Die kollisionsrechtliche Behandlung unteilbarer Multistate-Verstöße: Das international Wettbewerbsrecht im Spannungsfeld von Marktort-, Auswirkungs-und Herkunftslandprinzip, Munich, Beck 2002
- HUBER P. Rome II Regulation, Pocket Commentary, Munich, Sellier, 2011
- HUBER P., BACH I. Die Rom II-Verordnung, Kommissionsentwurf und aktuelle Entwicklungen, en IPRax 2005, pp. 73-84
- ILLMER M. Art 6 in P. HUBER, Pocket Commentary on the Rome II Regulation, Munich, Sellier 2011
- IMMENGU U. Internationales Kartellrecht, Münchener Kommentar, BGB, Vol. 11 Internationales Wirtschaftsrecht, 6ª ed., Munich, Beck 2006
- Internationales Wettbewerbsrecht: Unilateralismus, Bilateralismus, Multilateralismus, Halle, Universität Halle 2004
- ITALIENER A. Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions consultado por última vez el 2.2.2014 en

[http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013\\_06\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf).

- JARLAIS N. The consumer Trust fund: A Cy pres solution to undistributed funds in Consumer Class Actions, en HLJ 1987, pp. 738-748
- JÜNTGEN D. Zur Verwertung von Kronzeugenerklärungen in Zivilprozessen en WUW, 02/2007, pp. 128 – 137
- JUNKER A. Die Rom II- Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage en NJW 2007, pp. 3675-3682
- KADNER GRAZIANO T. Das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II- Verordnung, en RabelsZ 2009, pp. 1-77
- KAYE P. Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements, Oxford, Professional Books, 1987
- KEGEL G., SCHURIG K. Internationales Privatrecht, 9ª ed. Zurich, Beck 2004
- KEBLER J. Schadensersatzansprüche von Kartellabnehmern de lege lata und de lege ferenda, en BB 2005, pp. 1125-1131.
- KILIAN W. Europäisches Wirtschaftsrecht, Munich, Beck 2004
- KIRCHHOFF W. Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs, Hintergründe und Konsequenzen für die Rechtspraxis en WuW 2012, pp. 927-935
- KLOUB J. White Paper on Damage Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Plea for a more Holistic Approach to antitrust enforcement, en ECJ 2009, pp. 515-547
- KOCH H. Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. Amerikanische “Class action”: Die gebändigte Sammelklage in Europa? en WUW 11/2013, pp. 1059-1071
- KÖHLER H. Kartellverbot und Schadensersatz en GRUR 2004, pp. 99-109
- KOKKORIS I., OLIVARES CAMINAL R. Antitrust Law, Admist financial crisis, Cambridge, Cambridge University Press, 2010
- KOMNINOS A. EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised application of EC Competition Law by national courts, Oxford, Hart Publishing 2008



- KÖRBER T. Die Empagament-Entscheidung des US Supreme Court en *ZweR* 2004, pp.591-603
- KORTMANN J.,  
SWAAK C. The EC White Paper on Antitrust damage actions: Why member states are (right to be) less than enthusiastic, en *ECLR*, 2009 pp. 340-351
- KOUTSOUKO G.,  
PAVLOVA P. Der Gerichtstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU- Kartellrechts en *WuW* 2 2014, pp. 153-163
- KOZIOL H.,  
WILCOX V. Punitive Damages: Common Law and Civil law Perspectives, Viena, Springer 2009
- KRAMER X.E. The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued. Introductory Observations and General Rules, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)* 2008 (special edition Rome II), pp. 414-424
- KRAUSKOPF P.L.,  
TKACIKOVA A. Competition Law Violations and Private Enforcement: forum Shopping Strategies en *GCLR* 2011, pp. 4-12
- KROPHOLLER, J. Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 8<sup>a</sup> Ed. Frankfurt am Main, Beck 2005
- Internationales Privatrecht, 6<sup>a</sup> Ed., Tübingen, Mohr Siebeck 2006
- Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVO und Lugano-Übereinkommen, Recht und Wirtschaft, Frankfurt 1982
- LAENERTS K.,  
GERARD D. Decentralisation of EC Competition Law Enforcement, Judges in the Frontline, en *WC* 2004, pp.313-349
- LAMBSDORFF O. Regulation of Competition in a globalized market en *WuW* - 2003, pp. 710 – 713
- LANDO O. The EC Draft Convention on the Law applicable to contractual Obligations en *RabelsZ* 1974
- LANDO O., VON  
HOFFMANN B.,  
SIEHR K. European Private International Law of Obligations, Tübingen, Mohr Siebeck 1975

- LEIBLE S. El alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento „Roma II“ en AEDIPR, vol. VII 2007, pp.219-239
- Rome I Regulation: The Law applicable to contractual Obligations in Europe, München, Beck 2009
- LEIBLE S., ENGEL A., Der Vorschlag der EG Kommission für ein Rom II Verordnung en EuZw 04, pp. 7-17
- LEIBLE S., LEHMANN M. Die neue EG Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom II”), en RIW 2007, pp. 721-730
- LEITZEN M. Comeback des „Torpedo“?, en GRUR Int 2004, pp. 1010-1025
- LINDACHER W.F. Die internationale Dimension lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche: Marktterritorialität versus Universalität, en GRUR Int 2008, pp. 453-462
- VAN LITH H. The Dutch collective settlements act and private international law, Rotterdam, Erasmus University Rotterdam 2010
- LORENTE MARTINEZ I. Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet en CDT 2012, Vol. 4, N° 1 pp. 277-301
- LÜBBIG T. § 33: Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht en: Münchener Kommentar: europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht Vol. 2, Munich, Beck 2008, pp. 373-400
- MCLACHLAN C. Lis Pendens in International Litigation, Leiden/ Boston, Nijhoff 2009
- MACKAY A. Appealability of class certification orders under federal rule of civil procedure 23 (f): toward a principled approach, en NWLR 2002, pp. 755-798
- MAHER M. International and Comparative Competition Law, Cambridge, Cambridge 2010
- MANKOWSKI P. Was soll der Anknüpfungsgegenstand des (europäischen) Internationalen Wettbewerbsrechts sein? en GRUR INT 2005, pp. 634-637
- Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, en RIW 2008, pp. 177-193

- Der Europäische Gerichtstand des Tatortes aus Art. 5.3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten en WuW 2012, pp. 797-807
- Der europäische Gerichtstand der Streitgenossenschaft aus Art. 6, Nr. 1 EuGVVo bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten en WuW 2012, p. 947-959
- Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO: Internationales Umwelthaftungsrecht, Internationales Kartellrecht, Renvoi, Parteiautonomie en IPRAX 2010, pp. 389-396
- MAGNUS U.  
MANKOWSKI P.,  
(EDS.)      European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation, Munich, Sellier, 2007.
- MAGNUS U.,  
MANKOWSKI P.      The Green paper on a future Rome I Regulation- On the Road to a renewed European Private International Law of Contracts en ZVglRWiss 2004, pp. 131-142
- MARCOS F.      Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)’ (2013) en GCLR 2013 pp. 167-208, una versión previa está disponible en <http://ssrn.com/abstract=2351770> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2351770>
- Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cártel? Una mirada a la experiencia española, Derecho de los Negocios, nº 267, 2013, La Ley 224/2013
- MARTIN J. S.      Private Antitrust Litigation in Europe: What Fence is high enough to keep out the litigation cowboy? en ECLR 2007, pp. 2-7
- MÄSCH G.      Vitamine für Kartellopfer-Forum shopping im europäischen Kartellrecht en IPRAX 2005, pp. 509-516
- Private Ansprüche bei Verstöße gegen das europäische Kartellverbot “Courage” und die Folgen, en EuR 2003, pp. 825-846
- MENG W.      Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Hamburgo, Springer 1994
- MEESSEN K.      Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, Tübingen, Mohr Siebeck 1975

- Schadensersatz bei weltweiten Kartellen. Folgerungen aus dem Endurteil im Empagran- Fall en WuW 2005, pp. 1115-1122
- MEESSEN G. Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht, Tübingen, Mohr Siebeck 2011
- MERCER H. Applicable Law in Cross Border EU Competition Law Actions-Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy. en M. DANOV, F. BECKER Y P. BEAUMONT, Cross Border EU Competition Law Actions, Oxford, Hart Publishing 2013
- MEYER M. Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand, en GRUR 2006, pp. 27-40
- MICHAELS R. US- Gerichte als Weltkartellgerichte? en IPRAX 2004, pp. 451-457
- MILLER A. Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myths, Reality and the Class Action Problem, en HLR 1979, p. 664
- MILLS A. The Confluence of Public and Private International Law, Cambridge, Cambridge University Press 2009
- MILUTINOVIC V. Private Enforcement: Upcoming Issues, en, AMATO, G. C.D EHLERMANN, EC Competition Law a Critical Assesment, en Oxford, Hart Publishing 2007, pp. 725-758
- MÖLLERS T., HEINEMANN A. Enforcement of Competition Law in Europe, Cambridge, Cambridge 2008
- MÖSCHEL W. Privatrechtschutz bei Verstößen gegen das Kartellgesetz, en “Recht und Wettbewerb” en I. BRINKER, D. SCHEURIG (Coords.) Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, Munich, Beck 2006, pp. 329-337
- MUNDT A. Focus, inclusiveness and implementation – The ICN as a key factor for global convergence in competition law, consultado por última vez el 19.3.2014 en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc924.pdf>
- ORDOÑEZ SOLÍS D. La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho Europeo de la Competencia, en GJDC, nº 19, enero/febrero 2011 pp. 11-28
- ORTIZ, BAQUERO I. La aplicación privada del derecho de la competencia: Los

efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia, Madrid, La Ley 2011

- OTERO CRESPO M. Las Acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?, en Boletín CeDe UsC. Consultado por última vez el 30.04.2014 en [http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/Editorial\\_noviembre2013\\_MartaOteroCrespo\\_Acciones\\_Collectivas.pdf](http://revistas.usc.es/export/sites/default/boletincede/Editorial_noviembre2013_MartaOteroCrespo_Acciones_Collectivas.pdf)
- OTERO, GARCÍA, C. El alcance extraterritorial del Derecho de la Competencia y su utilización como medida comercial, en GJUE, 2001, pp. 34-56
- PLENDER R.,  
WILDERSPIN M. The European Private International Law of Obligations, Londres, Sweet Maxwell, 2009
- PHEASANT J. Damages Actions for breach of EC Antitrust Rules: The European Commission's Green Paper. en ECLR 2006, pp. 365-381
- PICÓ I JUNOY J. La prueba del Derecho Extranjero: ¿Dónde está el problema? en X. A. LLUCH, J. PICÓ I JUNOY, M. RICHARD GONZALEZ, La prueba Judicial, desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativa, La Ley 2012
- PIEKENBROCK A. Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im europäischen Wettbewerbsrecht, en GRUR INT 2005, pp. 997-1004
- PIJETLOVIC K. Reform of EC Antitrust Enforcement: Criticism of the New system is highly exaggerated, en ECLR 2004 pp.356-369
- POILLOT-  
PERUZZETTO S.,  
LAWNICKA D. Relevance of the Distinction between the Contractual and Non-Contractual Spheres (Jurisdiction and applicable Law) in J. BASEDOW, S. FRANQC, L. IDOT, International Antitrust Litigation, Hart Publishing 2012, pp. 130-142
- RADICATI DI  
BROZOLO L. G. Antitrust Claims: Why exclude them from the Hague jurisdiction and Judgments convention? en ECLR, 2004, pp. 780-788
- RANDOLPH  
F.,ROBERTSON A. The first Claims for damages in the competition appeal tribunal, en ECLR 2005, pp. 365-368
- RAUSCHER P.,  
MANKOWSKI P. Europäisches Zivilprozessrecht (2004), vorb. Art. 2 Brüssel I-VO n° 17
- REND A. Making Antitrust Damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios, final report submitted to the Commission on 21 December 2007

- REICH N. The Courage Doctrine-encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries? en CMLR 2005, pp. 35-66
- RITTER J. Private Durchsetzung des Kartellrechts en WUW 2008, pp. 762 – 774
- RODGER B. Coordination within the European Competition Network en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, *International Antitrust Litigation*, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 343-362.
- Application of Competition Law in the National Courts, conclusiones disponibles en <http://www.clcpecreu.co.uk/> (consultado por última vez el 20.3.2014)
- RODRIGUEZ PINEAU E. Ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia, en AEDIPR 2007 vol. 7, pp. 463-475
- Conflict of Laws comes to rescue of Competition Law: The new Rome II Regulation, en JPRIL 2009, pp. 311-319
- El recurso Colectivo en las acciones de daños derivados de ilícitos concurrenciales: consideraciones de competencia judicial internacional, en A. FONT I RIBAS, S. GÓMEZ TRINIDAD, *Competencia y acciones de indemnización*, Barcelona, Marcial Pons 2013, pp. 225-242
- ROGERSON P. “Lis pendens and third states: The Commission’s Proposed Changes to the Brussels I Regulation”, en E. LEIN, *The Brussels Review Proposal Uncovered*, 2012, British Institute of International and Comparative Law, Londres 2012, pp. 101-124
- RÖHLING A. Internationale Aspekte en : G. HIRSCH, F. MONTAG, F. SÄCKER (Coords), *Münchener Kommentar : Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht) Vol. I Europäisches Wettbewerbsrecht*, Munich 2007
- ROTH W. Internationales Kartellrechts in der Rom II- Verordnung en D. BAETGE, J. VON HEIN, M. VON HINDEN (Coords.) *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2008
- RUBIANO MEZA D.P. Programas de Clemencia y Reparación del Daño Antitrust, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 789-802
- RUIZ DE ANGULO E. GOMEZ, BAYO Las Experiencias Nacionales en la aplicación privada del Derecho de la Competencia: España en L. VELASCO SAN PEDRO

- R. ÁLVAREZ,  
COSTAS  
COMESAÑA, J. (Coord.) La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 137-152
- RYNGAERT C. Foreign-to-Foreign Claims in Antitrust Matters: the Decisions of the U.S. Supreme Court and the English High Court in the Vitamins case en Institute for International Law, Working Paper No 58 - June 2004, Universidad K.U. Leuven
- SALVADOR  
CORDECH P. Punitive Damages, en Indret septiembre 2001
- SARRA A., MARRA A. Are monetary incentives Enough to Boost Actions for Damages of Incompleteness of Laws and Evidentiary Requirements, en WC 2008, pp.-369-384
- SCHAUB R. Grundlagen und Entwicklungstendenzen des europäischen Kollisionsrechts, en JZ 2005, pp. 328-330
- SCHMIDT K. “Privatisierung” des Europakartellrechts-Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003 en ZeuP 2004, pp. 881-886
- SCHREIBER T. Praxisbericht Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche en KSzW 2011, pp. 37-46
- SHENEFIELD J. Extraterritoriale Anwendung US-amerikanischen Kartellrechts en WUW 2004, pp. 1276–1284
- STADLER A. “Der Gewinnabschöpfungsanspruch: eine Variante des private enforcement?” en S. AUGENHOFER, (Coord.) Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts.Tübingen, Mohr Siebeck 2009, pp. 117-126
- STAUDINGER A. Schadensersatzrecht - Wettbewerb der Ideen und Rechtsordnungen, en NJW 2006, pp. 2433-2438
- SONNENBERGER H. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1 – 46), Internationales Privatrecht, en F. SÄCKER, (Coord.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10<sup>a</sup> ed., Munich, Beck 2006.
- SCHOLZ R.  
RIXEN G. Die neue europäische Kollisionsnorm für außervertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkendem Verhalten en EUZW 2008, pp. 327 -332
- STUYCK J. Class Actions: To opt in or To opt Out, that’s the question en EBLR 2009, pp. 483-505

- SUDEROW, J. Private Enforcement in Spanien: Die Schokoladenhersteller gegen den Zuckerkartell en WuW 2014, pp. 142-152
- Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho Antitrust: forum shopping y demandas torpedo, en CDT 2010, Vol. 2, pp. 315-331
- Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿flexibilidad versus previsibilidad? en CDT 2013, Vol. 5, pp. 184-198
- SYMEONIDES S. Tort Conflicts and Rome II: A view from abroad” en P. MANSEL, (Coord.) Festschrift für Erik Jayme, Vol. 1, Munich, Beck 2004
- THEMELIS A. The Internet, Jurisdiction and Competition law: the Concept of Over Territoriality in Addressing Jurisdictional implications in the Online World en WC 2012, pp. 325–353
- TEMPLE LANG J. European Community Competition Policy: How far Does it benefit consumers? 2004, 18 Bolétin Latinoamericano de Competencia
- TZAKAS D.P. L. International Litigation and Competition Law: The Case of Collective Redress, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, International Antitrust Litigation, Conflict of Laws and Coordination, Oxford, Hart Publishing 2012
- Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr, Baden Baden, Nomos 2010
- TORRALBA MENDIOLA E. La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? Perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo, en Indret, enero 2012, pp-1-37. Consultado por última vez el 13.04. 2012 en [http://www.indret.com/pdf/880\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/880_es.pdf)
- VAQUERO LOPEZ, C. Sobre la Posibilidad de reconocimiento en España de Daños Punitivos como consecuencia de la infracción del Derecho de la Competencia, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Valladolid, Lex Nova 2011. pp. 683-691
- Acuerdos horizontales: Cuestiones de competencia judicial internacional y de ley aplicable, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), Acuerdos horizontales, mercados electrónicos, y otras cuestiones actuales de competencia y distribución, Valladolid, Lex Nova, 2014, pp. 309-326



- VELKEEN W. Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht, en J. BASEDOW (Coord.) Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max Planck Institut für Internationales Privatrecht, Tübingen, 2001, pp. 293-316
- VELASCO SAN PEDRO L., HERRERO Suarez C. La “passing on defence” ¿un falso dilema? en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 593-604
- VIRGÓS SORIANO M., GARCIMARTÍN ALFEREZ F.J. Derecho Procesal civil internacional. Litigación internacional, Cizur Menor, Aranzadi 2007 2ª ed.
- VISCHER F. Art. 137 IPRG Zürcher Kommentar zum IPRG, 2ª ed., Zurich, Springer 2004
- WAGNER G. Die neue Rom II Verordnung, en IPRAX 2008, pp. 1-17
- Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktsgerichtsstand, en IPRAX 2006, pp. 373-391
- WAGNER R., GESS K. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten, en NJW 2009, pp. 3481-3485
- WELLER M. Kartellrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: “Private Enforcement“ und die Brüssel I-VO, en ZVglRWiss 2013
- Danov, Mihail: Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, pp. 419-426(8), *RabelsZ* 2013 pp. 419 -426
- WEYER H. Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht en *ZeUP* 2003, pp. 318-344
- WHISH R. Acciones de Daños en los tribunales de Inglaterra y Gales, en L. VELASCO SAN PEDRO (Coord.), La aplicación privada del Derecho de la Competencia, Valladolid, Lex Nova 2011, pp. 155-166
- WHISH, R., BAILEY D. Competition Law, Oxford, Oxford 2012
- WILDERSPIN M. Jurisdiction Issues: Brussels I regulation Articles 6 (I), 23,27

- and 28 in Antitrust Litigation, en J. BASEDOW, S. FRANCO, L. IDOT, International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination, Oxford, Hart Publishing 2012, pp. 41-59
- WILS W.                    The Undertaking as a subject of EC Competition Law and the imputation of infringements to natural or legal persons, ELR (2002), p. 163-187
- WINFRIED V.            “Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht”, en J. BASEDOW, (Coord.), Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max Planck Institut für Internationales Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck 2001, pp. 293-316
- Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe? en WC 2003, pp. 473-488
- WITHERS C.            Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims en JBL 2002, p. 250-271
- WURMNEST W.        Grundzüge eines Europäischen Haftungsrecht
- Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot en RIW 2003, pp. 896-900
- Private Durchsetzung des EG- Kartellrechts nach der Reform der VO Nr. 17 en P. BEHRENS, E. BRAUN (Coords.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Umbruch, Baden-Baden, Nomos 2004, pp. 231-249
- “Art 6 Rom II Verordnung in M. HERBERGER (Coord.) Juris Praxiskommentar BGB: Internationales Privatrecht, Vol. 6, 5<sup>a</sup> ed., Saarbrücken, Juris 2010
- ZANETTI B.            International Aspects: The Evolution of the EC International Competition Policy, en G. AMATO, C. D. ELEHRMANN, (Coords.) EC Competition Law a Critical Assessment, Oxford, Hart Publishing 2007, pp. 759-796
- ZIMMER D.  
LEOPOLD A.            Private Durchsetzung des Kartellrecht und der Vorschlag zur Rom II- VO en EWS 2005 pp.149-154